

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

GUARDA COMPARTILHADA: UM NOVO MODELO DE EXERCÍCIO DA
AUTORIDADE PARENTAL

BRUNA PIO ASSIS

RIO DE JANEIRO

2008

BRUNA PIO ASSIS

**GUARDA COMPARTILHADA: UM NOVO MODELO DE EXERCÍCIO DA
AUTORIDADE PARENTAL**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro,
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leandro Ribeiro da Silva

RIO DE JANEIRO
2008

Assis, Bruna Pio.

Guarda compartilhada: um novo modelo de exercício da autoridade parental / Bruna Pio Assis.- 2008.

72 f.

Orientador: Prof. Dr. Leandro Ribeiro da Silva.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f.66/68.

1. Guarda de filhos – Monografias. 2. Guarda compartilhada de filhos. I. Silva, Leandro Ribeiro da. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 342.1642

BRUNA PIO ASSIS

**GUARDA COMPARTILHADA: UM NOVO MODELO DE EXERCÍCIO DA
AUTORIDADE PARENTAL**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de
Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Data de aprovação: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Leandro Ribeiro da Silva – Presidente da Banca Examinadora
Prof. Dr. da Universidade Federal do Rio de Janeiro - Orientador

Nome completo do 2º Examinador
Titulação e instituição: _____

Nome completo do 3º Examinador
Titulação e instituição: _____

Aos meus pais, Clidenor e Elizabeth, à minha avó Gilda e ao meu esposo Rodrigo.

AGRADECIMENTOS

A Deus, primeiramente, pois sem Ele nada seria possível.

Aos meus amados pais, Clidenor e Elizabeth, a quem devo minha vida, todo meu conhecimento e formação e que, de forma constante e efetiva, ensinaram-me o melhor exemplo sobre o verdadeiro significado da família.

À minha adorada avó, Gilta, pelas orações e pela forma como participa da minha vida.

Ao meu esposo, Rodrigo, grande companheiro e amigo, em quem me inspiro, com quem me amparo, a quem admiro.

Ao professor e orientador Leandro Ribeiro, por sua paciência e incentivo, tão valiosos para a execução e elaboração desta monografia.

A todos os professores da Faculdade Nacional de Direito, pelas aulas e debates durante o curso, que tanto me ajudaram no desenvolvimento de um raciocínio jurídico.

A todos os colegas de faculdade, que muito me ajudaram nesta empreitada e em especial aos amigos Aline e Ronaldo, pela compreensão e amizades constantes.

Ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, meu órgão empregador, que serviu de inspiração para a escolha do tema e para o desenvolvimento desta monografia.

*Feliz do homem que encontrou a sabedoria,
daquele que adquiriu a inteligência,
porque mais vale esse lucro que o da prata
e o fruto que se obtém é melhor que o fino
ouro.*

(Provérbios 3, 13-14)

RESUMO

ASSIS, B. P. *Guarda compartilhada: um novo modelo de exercício da autoridade parental*. 2008. 72f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Demonstra-se com o presente trabalho que o exercício compartilhado da guarda, apesar de somente agora estar sendo introduzido em nosso ordenamento jurídico, é plenamente lícito e aplicável. Devido ao grande número de rupturas conjugais, surge uma das questões mais delicadas do direito de família, que é a relativa a guarda de filhos menores. O sistema usual na atualidade, que é o da guarda exclusiva ou uniparental, geralmente concedida à mãe, já não supre mais as necessidades da família contemporânea. É nesse contexto que surge a guarda compartilhada, que privilegia o melhor interesse do menor e tem o objetivo de garantir a continuidade das relações afetivas paterno-filiais, estimulando a co-participação dos pais, de forma igualitária, no exercício dos direitos e deveres inerentes ao poder familiar, após a ruptura da união dos pais. Esta pesquisa consiste em uma análise das perspectivas da guarda compartilhada, de suas consequências jurídicas e sociais e de sua fundamentação legal. Analisam-se também as vantagens da aplicabilidade do instituto, considerando casos de sua inaplicabilidade. São utilizados, para o desenvolvimento do tema, doutrinas especializadas, jurisprudência e referências legislativas. Por fim, conclui-se que a guarda compartilhada legitima princípios constitucionais importantes para a família e apresenta-se como um novo modelo de exercício de guarda perfeitamente aplicável em muitos casos.

Palavras-chave: Guarda compartilhada; poder familiar; relação paterno-filial; ruptura conjugal.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 O PODER FAMILIAR.....	12
2.1 Evolução histórica.....	12
2.2 Legislação brasileira.....	13
2.3 Conceito e questões terminológicas do instituto.....	15
2.4 Natureza jurídica.....	17
2.5 Conteúdo do poder familiar.....	19
2.6 Suspensão, perda e extinção do poder familiar	22
3 RELAÇÕES PARENTAIS E A GUARDA.....	25
3.1 A ruptura do vínculo conjugal e suas conseqüências nas relações parentais e na guarda.....	25
3.2 Conceito de guarda.....	27
3.3 Evolução do instituto da guarda na legislação pátria.....	29
3.4 Modalidades de guarda.....	32
3.4.1 <u>Guarda comum, desmembrada e delegada</u>	33
3.4.2 <u>Guarda originária e derivada</u>	33
3.4.3 <u>Guarda de fato</u>	33
3.4.4 <u>Guarda provisória e definitiva</u>	34
3.4.5 <u>Guarda única e peculiar</u>	34
3.4.6 <u>Guarda por terceiros, instituições e para fins previdenciários</u>	34
3.4.7 <u>Guarda jurídica e material</u>	35
3.4.8 <u>Nidação ou aninhamento e guarda dividida</u>	35
3.4.9 <u>Guarda alternada</u>	36
3.4.10 <u>Guarda compartilhada</u>	36
3.5 Elementos que influenciam na determinação da guarda.....	36
3.5.1 <u>O interesse do menor</u>	37
3.5.2 <u>Idade e sexo</u>	38
3.5.3 <u>Manutenção dos irmãos juntos</u>	39
3.5.4 <u>A opinião do menor</u>	39

3.5.5 <u>Comportamento dos pais</u>	39
4 GUARDA COMPARTILHADA	41
4.1 Noções introdutórias	41
4.2 Definição de guarda compartilhada	41
4.3 Vantagens e desvantagens do modelo	43
4.3.1 <u>Vantagens da aplicação da guarda compartilhada</u>	44
4.3.2 <u>Desvantagens do modelo de guarda compartilhada</u>	47
4.4 Paralelo entre guarda alternada e compartilhada	49
4.5 A evolução histórica do instituto através do direito comparado	51
4.5.1 <u>No direito inglês</u>	53
4.5.2 <u>No direito francês</u>	54
4.5.3 <u>No direito canadense</u>	55
4.5.4 <u>No direito americano</u>	55
4.6 Guarda compartilhada no direito brasileiro	56
5 CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	66
ANEXO A – Projeto de lei nº 6350/2002	69
ANEXO B – Lei 11698/2008 e mensagem de veto do §4º art. 1583	70

1 INTRODUÇÃO

É inegável que as transformações ocorridas na sociedade, nas últimas décadas, influenciaram o surgimento de novas descobertas no direito de família. O aumento no número de rupturas nos relacionamentos, sobretudo no mundo pós-globalizado, estabeleceu uma nova situação na rotina familiar, afetando indiscutivelmente os filhos menores do casal.

Com o desmembramento do casal, a guarda que era exercida conjuntamente pelo pai e pela mãe, tende a ser atribuída a apenas um deles, geralmente à mãe. Desta forma, restringe-se o outro genitor a um segundo plano, o que o afasta do menor e é extremamente prejudicial para ambos. Sob este aspecto, vale ressaltar que o sistema familiar passou por mudanças significativas fazendo surgir um modelo de família e de relações familiares diferentes do anterior. Essas mudanças foram, inclusive, amparadas pela Constituição Federal de 1988. Urge, então, a necessidade de se considerar também um novo modelo para o cuidado dos filhos de pais que não mais convivem.

Baseada nas questões aludidas, a preferência do tema motiva-se na crescente demanda de pais divorciados e na difícil questão do direito de família no que tange a atribuição da guarda dos filhos.

O objetivo geral do presente trabalho é justamente investigar a importância e a possibilidade de aplicação de um novo modelo de exercício da autoridade parental, qual seja, a guarda compartilhada. A análise será feita sob o ponto de vista social e jurídico, considerando as vantagens proporcionadas pelo exercício conjunto e efetivo do poder familiar por pais que não mais convivem, em comparação com os demais modelos possibilitados pela nossa legislação, sobretudo com os modelos de exercício alternado e o exclusivo, ainda predominantemente aplicado.

A pesquisa desenvolvida tem um caráter explicativo-exploratório, com uma metodologia do tipo qualitativa, já que são feitas análises de situações existentes na sociedade e de dispositivos do ordenamento jurídico, ao passo que ao mesmo tempo o trabalho busca fornecer informações e formular hipóteses acerca da adequada aplicação do instituto em tela, bem como de sua regulamentação.

No que diz respeito à tipologia ou aos meios de investigação, o estudo é fundamentalmente bibliográfico, uma vez que baseado na reunião e seleção do material disponível na literatura sobre o assunto, além da análise conjunta deste material com a jurisprudência.

O presente trabalho está estruturado em três capítulos. Primeiramente, busca-se apresentar a evolução das relações sociais entre pais e filhos, através de um delineamento histórico acerca do poder familiar, explorando desde os tempos mais remotos, partindo do *pater familias*, com seus poderes ilimitados, até a fase atual como o poder familiar no Código Civil de 2002 e seu *munus*.

Além disso, objetiva-se expor a delimitação conceitual do poder familiar, bem como discussões acerca de sua natureza jurídica, aspectos relevantes de seu conteúdo e as possibilidades de suspensão, perda ou extinção.

No segundo capítulo, passa-se para uma abordagem propriamente dita das questões relativas à guarda, buscando elucidar o seu conceito, analisar a evolução da guarda na legislação pátria e identificar os elementos que influenciam na determinação da guarda, entre outros aspectos observados.

Nesse sentido, procura-se frisar que apesar da guarda exclusiva (também denominada de única ou uniparental), ser um critério legal, doutrinário e jurisprudencial, aceito sem contestações, existem outras modalidades de exercício da guarda, como por exemplo, a dividida, a alternada ou a compartilhada.

O último capítulo tratará de forma específica a respeito do exercício compartilhado da guarda. Para isso, inicialmente, serão expostas noções introdutórias acerca do instituto em tela, seguidas das definições apresentadas por diversos doutrinadores para esse novo modelo, além de uma análise de sua origem e evolução no contexto de diversos países. No decorrer do presente trabalho, verifica-se também a necessidade de se distinguir o modelo alternado do compartilhado de guarda, tendo em vista as inúmeras confusões existentes entre esses dois sistemas.

O estudo expõe ainda as diversas vantagens da utilização da guarda compartilhada, após a dissolução da sociedade conjugal. Assim como menciona as desvantagens do modelo e as situações em que se torna inaplicável.

Por fim, aborda-se a questão acerca da situação da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, faz-se uma análise da legislação atual em busca de congruências com a tese estabelecida pelo modelo compartilhado de guarda, além do exame da doutrina e da jurisprudência acerca do tema, na atualidade. Os projetos de lei que visam incluir o novo modelo na legislação civil atual e a recente aprovação de um deles pelo Congresso Nacional e sanção pelo Presidente da República também são temas a serem enfocados.

Desta forma, este trabalho procura demonstrar a importância e a aplicabilidade da guarda compartilhada para o melhor interesse dos filhos de pais separados, uma vez que este modelo prioriza a manutenção do vínculo afetivo, do contato regular e ininterrupto entre o genitor não-guardião e seu filho, como valores fundamentais da família contemporânea.

2 O PODER FAMILIAR

2.1 Evolução histórica

O poder familiar é um dos institutos jurídicos que mais se alteraram ao longo do tempo e da história. As origens deste instituto são extremamente remotas e se confundem com os primeiros passos da humanidade.

A doutrina, de uma forma geral, tem considerado o direito romano como ponto de partida para o estudo evolutivo do poder familiar, já que não há certeza exata acerca de seu início.¹

No direito romano, o poder do *pater* (pai) era exercido sobre todas as coisas e componentes da família, em sentido amplo, abrangendo a esposa, os filhos, os escravos e as pessoas que viviam sob as suas expensas. Sendo assim, o *pátrio poder*, eixo central da família patriarcal, em Roma era praticamente absoluto, sem limites e não se conhecia um modelo similar em outros povos.² Em resumo, “a *patria potestas* representava um poder incontestável do chefe de família”,³ no direito romano.

O *pater familias*, nas civilizações antigas, representava o chefe supremo da religião doméstica, era como um sacerdote do lar, que conduzia a religião perante todo o grupo familiar, estabelecendo a disciplina e a ordem que deveriam ser obedecidas. Além disso, o *pater* tinha o direito de entregar o filho à vítima de dano causado por seu dependente, de vender o filho ou, até mesmo, de matá-lo. Esse absolutismo opressivo dos pais foi, com o decorrer dos tempos, sendo restringido: pela Lei das XII Tábuas, que limitou a três a venda que o pai podia efetuar do filho, e posteriormente, reduziu-se ainda mais com Justiniano a um simples direito de correção.⁴

No que se refere ao aspecto patrimonial, os filhos e a esposa não possuíam bens próprios, não tinham capacidade de direito, eram *alieni juris*. Apenas o *pater* era considerado plenamente capaz para a prática de atos jurídicos (já que além de cidadão, não dependia de qualquer autoridade familiar), por isso era considerado *sui iuris*.⁵

¹ DE CICCIO, Cláudio. *Direito: tradição e modernidade*. 2.ed. São Paulo: Icone, 1993. Neste trabalho, o autor apresenta as origens e a evolução do poder familiar sob uma ótica geral e também sob a ótica do direito brasileiro.

² GIORDANI, Mário Curtis. *Código Civil à luz do direito romano: direito de família*. p. 252.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*, v.6, 3.ed., São Paulo: Atlas, 2003, p.353.

⁴ GIORDANI, M.C. Op.cit., p. 253-254.

⁵ LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil: direito de família e das sucessões*, v.5, 2.ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.29.

Na Idade Média, as relações da família influenciadas diretamente pelo Cristianismo, sofreram intensas transformações, principalmente no que diz respeito ao matrimônio, já que apenas o casamento religioso era reconhecido. Segundo Carlos Alberto Bittar Filho⁶, nesta época, no que diz respeito à extensão do pátrio poder, prevalecia nos países de direito escrito, a tradição romana na forma da legislação de Justiniano, que defendia a predominância do pai em detrimento do filho. Já nos países de direito costumeiro, prevalecia a orientação germânica, que defendia mais os interesses do filho do que os do pai e que, diferentemente da orientação romana, concebia o poder familiar como um direito e dever dos pais visando a proteção dos filhos e de todo o grupo familiar, de exercício temporário, não impedindo que os filhos possuísem bens e no qual as funções também eram atribuídas às mães.

A orientação romana do poder familiar, ainda que mitigada chega à Idade Moderna. No entanto, apesar das influências do poder patriarcal, o rigorismo do instituto foi se modificando através de uma compreensão mais branda da realidade, segundo a qual o poder familiar passou a traduzir um conteúdo de respeito, de honra, sem estar necessariamente ligado à idéia de subordinação.

A concepção contemporânea acerca do instituto do poder familiar é resultado de diversos movimentos e transformações que consagraram os princípios de compreensão mútua e trouxeram para o instituto seu real sentido, que é o de proteção dos menores, em todos os seus interesses.

Foi finalmente extinta a idéia central do direito antigo de que o *patria potestas* era uma prerrogativa exclusiva do pai, para se afirmar como sendo a fixação jurídica dos interesses dos filhos, que, por sua vez, deixaram de ser vistos apenas como objetos e passaram a ser sujeitos de direitos. O instituto atualmente não visa beneficiar quem o exerce, mas sim proteger o seu destinatário.

2.2 Legislação brasileira

A legislação civil pátria foi fortemente influenciada pelo direito lusitano e apresentava características, até mesmo da orientação romana, como, por exemplo, a importância dada à figura do pai e marido, considerado o chefe da família.

Um exemplo que acompanhou esta concepção foi o nosso Código Civil, promulgado em 1916, que privilegiava de forma bastante nítida a figura paterna. Em seu artigo 380,

⁶ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Pátrio poder: regime jurídico atual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 81, v. 676, p.79-84, fev. 1992.

concedia ao pai, tendo em vista, ser este o chefe da sociedade conjugal, o pátrio poder, conferindo à mulher apenas a função de colaborar ou co-participar na função do exercício de tal poder, podendo a mulher exercê-lo de forma ampla apenas na falta ou impedimento paterno.

O quadro legislativo teve que absorver as mudanças que estavam ocorrendo na sociedade. Surgiram, então, o Estatuto da Mulher Casada (lei 4121/62, que estabeleceu a igualdade entre os cônjuges), a Lei do Divórcio, entre outras. A Constituição Federal de 1988 também inovou no que se refere a esta matéria, conferindo em seu artigo 5º, I, aos homens e mulheres igualdades em direitos e deveres e estabelecendo em seu artigo 226 que homem e mulher devem exercer, igualmente, os direitos e deveres referentes aa sociedade conjugal.

A Constituição Federal vigente trouxe, além destas alterações, outras que modificaram intensamente o direito de família. São exemplos: o reconhecimento da união estável como entidade familiar e a equiparação de todos os filhos (havidos ou não da relação de casamento), reconhecendo-lhes os mesmos direitos, sendo vedado qualquer tipo de discriminação.

Há também o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90 – o ECA), que revogou o Código de Menores (lei 6697/79) e introduziu uma mudança significativa após dois anos de vigência da Constituição Federal. A referida lei, dispondo sobre o poder familiar, consagrou os ideais de igualdade entre os cônjuges, sob a ótica do princípio constitucional da isonomia entre homens e mulheres. Neste sentido, estabeleceu em seu artigo 21 que o pátrio poder será exercido, “em igualdade de condições pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.”

Em razão das inúmeras modificações, algumas das quais já mencionadas, e do novo panorama da família moderna brasileira, o estudo do direito de família foi se tornando cada vez mais complicado, pois muitos artigos do Código Civil de 1916 foram derogados por leis complementares. Com isso, urgia a necessidade de elaboração de um novo ordenamento jurídico infraconstitucional, sobretudo para suprir as lacunas trazidas pela Constituição Federal vigente.⁷

A reforma na legislação civil sofreu várias tentativas e prolongou-se durante anos, apesar de extremamente necessária. No ano de 1972, foi elaborado um novo anteprojeto, em resposta às manifestações da sociedade. No entanto, após muitas alterações e tendo em vista o cenário político no Brasil, o projeto não foi devidamente analisado. Foi então reestruturado

⁷ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.40-41.

por juristas e após longa tramitação foi aprovada a nova legislação civil brasileira do século XXI, a lei 10406/02.

Por fim, o Código Civil de 2002, conferiu a ambos os pais, em idênticas condições, a responsabilidade da criação e da educação dos filhos, conforme artigos 1631 e 1634 e alterou a denominação da expressão pátrio poder para poder familiar.⁸

2.3 Conceito e questões terminológicas do instituto

O ordenamento positivo não oferece uma definição, apenas regulamenta o instituto do poder familiar. Sendo assim, compete à doutrina conceituar o instituto. Para isso, inicialmente faz-se mister ressaltar as diversas posições doutrinárias acerca do assunto. Para Lafayette Rodrigues Pereira, o pátrio poder é “o todo que resulta do conjuncto dos diversos direitos que a lei concede ao pai sobre a pessoa e bens do filho”⁹. Já para Clóvis Beviláqua e, ainda sob a ótica do antigo Código Civil, o pátrio poder é o “conjunto dos direitos que a lei confere ao pai sobre as pessoas e os bens de seus filhos legítimos, legitimados, naturais reconhecidos ou adotivos”¹⁰.

A concepção dos juristas referidos atualmente está ultrapassada, eis que inspirada em conceitos patriarcais e discriminatórios, não condizentes com a atual legislação civil, nem mesmo com a Constituição vigente.

Há autores que melhor definem o instituto como sendo um complexo de direitos e deveres, quanto a pessoas e bens dos filhos, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração e em igualdade de condições, segundo o artigo 226, §5, Constituição Federal.¹¹ O autor Silvio Rodrigues destaca ainda o caráter de *munus* público e de irrenunciabilidade do poder familiar.

Já José Antônio de Paula Santos Neto, em sua dissertação de mestrado, propõe o seguinte conceito:

O pátrio poder é o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoas e o patrimônio deste filho e serve como meio para o manter, proteger e educar.¹²

Sendo assim, pode-se delimitar o conceito definindo o poder familiar como sendo um conjunto de direitos e deveres reconhecidos aos pais, como instituição protetora da

⁸ Ibidem. p. 234.

⁹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Rio de Janeiro: Fonseca Filho, 1910. p. 234.

¹⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1956, p. 363.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 5, p.238.

e RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, 28. ed. rev. atual. São Paulo, Saraiva, 2004, p.356-360.

¹² SANTOS NETO, José Antônio de Paula. *Do pátrio poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 55.

menoridade, para a criação, orientação e proteção de seus filhos. A finalidade do instituto deve ser sempre o pleno desenvolvimento e a formação integral (física, mental, moral, espiritual e social) dos filhos, conforme artigo 3º da Lei 8069/90.

Após a delimitação conceitual, faz-se necessário analisar a questão terminológica do instituto já que a expressão poder familiar tem sofrido muitas críticas dos doutrinadores modernos.

É indiscutível que a expressão *pátrio poder*, de origem romana (por estar absolutamente impregnada de dominação, prevalência e discricionariedade da figura paterna), tornou-se inadmissível para o atual estágio do direito brasileiro. Por isso, a expressão foi extinta e substituída por *poder familiar*. Vale dizer que na Câmara dos Deputados, o projeto do Novo Código Civil manteve a expressão clássica (*pátrio poder*). A denominação somente foi alterada ao passar pelo Senado (Emenda 278) passando a chamar-se *poder familiar*.

A nova expressão evidencia a igualdade de sexos existente na sociedade conjugal, conferindo aos pais o exercício simultâneo e conjunto da incumbência legal imposta pelo próprio Estado. A expressão caracteriza ainda a proteção sobre a pessoa dos filhos, isto é, nota-se que na atualidade o objetivo do instituto deslocou-se dos pais para os filhos. É a concepção *filhocentrista*.

No entanto, em razão das críticas em relação à nova denominação, é válido ressaltar a existência de várias propostas para a alteração da nomenclatura. São sugestões, entre outras, a expressão “autoridade parental” (expressão utilizada pela legislação francesa), “poder parental”, “responsabilidade parental”, etc.

Cortiano Júnior, um dos críticos da nova denominação adotada pela legislação civil pátria, considera que o legislador desperdiçou a oportunidade de adequá-la à corrente moderna e que a expressão ideal seria poder parental, já que é uma prerrogativa dos pais e não da família.¹³

Já para alguns juristas, a expressão adequada para nomear esse poder-dever seria autoridade parental, uma vez que a palavra autoridade, nas relações privadas, traduz melhor o exercício da função ou de *munus*, baseado na legitimidade e no interesse do outro e que a palavra parental é a que melhor exprime a relação de parentesco entre os pais e os filhos.¹⁴

Para Waldyr Grisard Filho, a terminologia da expressão atual compromete pelo uso da palavra poder, pois já que este tem que ser exercido, única e exclusivamente, visando os

¹³ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *O direito de família no projeto de Código Civil*. 1998. Tese de Doutorado em Ciências Jurídicas – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998.

¹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords). *Direito de família e o novo Código Civil*, 3. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.153-154.

interesses do menor, deixa de ser poder para constituir um dever, uma responsabilidade. Com isso, o autor sugere o uso da expressão responsabilidade parental, sendo esta inclusive o subtítulo de seu livro.¹⁵ Há ainda sugestões genéricas e não discriminatórias como, por exemplo, poderes e deveres parentais.

Ressalte-se que as alterações de nomenclatura não significam a criação de um novo instituto jurídico, mas apenas uma nova denominação, compatível com a Constituição Federal vigente e com as evoluções sociais.

Analisadas as diferentes definições e as questões terminológicas envolvendo a expressão poder familiar faz-se necessário a discussão acerca da natureza jurídica do instituto, tema também bastante controverso.

2.4 Natureza jurídica

Da mesma forma que se evidenciou uma série de posicionamentos acerca da definição de poder familiar, há também muita discussão a respeito da natureza jurídica do instituto em análise. E essas divergências, assim como as mudanças na sociedade, é que impulsionam a evolução e o desenvolvimento do tema.

Primeiramente, vale dizer que, sendo o poder familiar inerente aos pais (figura paterna e materna), já que decorre de um vínculo natural de filiação ou por adoção, pode ser considerado um direito personalíssimo, que independe do convívio conjugal entre os pais. Autores contemporâneos como Caio Mário da Silva Pereira¹⁶ e Silvio Rodrigues¹⁷ consideram o instituto como sendo um misto de direito/poder e dever.

Já para alguns autores a natureza jurídica varia de acordo com o enfoque que é dado ao instituto. Quando o enfoque é dado em relação ao Estado, para Waldyr Grisard Filho,¹⁸ o poder familiar é um encargo, um *officium* dos pais, supervisionado pelo Estado com o objetivo de evitar abusos. Já para José Antônio de Paula Santos Neto¹⁹, quando o enfoque é em relação a terceiros trata-se de um atributo pessoal, um direito subjetivo, uma faculdade de agir legitimado pelo texto legal diante do caso concreto. Por fim, quando o enfoque se dá sobre as relações pai-filho, o poder familiar seria um conjunto indivisível de poderes-deveres,

¹⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.39.

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p.287.

¹⁷ RODRIGUES, Silvio. Op. cit. p. 398.

¹⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. Op.cit. p.40-41.

¹⁹ SANTOS NETO, José Antônio de Paula. Op. cit. p.60.

exercido pelos pais no interesse dos filhos, de forma altruística, visando o seu integral desenvolvimento.

Há doutrinadores que sustentam que o poder familiar se trata de um direito função, por seu caráter social cuja finalidade é o interesse e proteção do menor, e o dever é o de educar integralmente o filho. Outros defendem a tese de que se trata de poder função e não de meras prerrogativas individuais. Há ainda aqueles que o consideram como sendo um direito natural, considerando a origem natural do poder familiar como primazia deste caráter e fator explicativo da sua essência.

Para Vera Maria o poder familiar é um *munus*, como bem concluiu em seu trabalho:

O pátrio poder não é uma auctoritas, é um múnus. Trata-se de uma conduta dos pais relativamente aos filhos, de um acompanhamento para conseguir uma abertura dos mesmos, que se processará progressivamente, à medida que evoluem na idade e no desenvolvimento físico e mental, de modo a dirigi-los a alcançarem sua própria capacidade para se dirigirem e administrarem seus bens. Não haveria tão somente um encargo, ou um munus, mas um encaminhamento, com poder para impor uma certa conduta, em especial antes da capacidade relativa. Não há mais que se falar praticamente em poder dos pais, mas em conduta de proteção, de orientação e acompanhamento dos pais.²⁰

Conforme já salientado, o poder familiar atualmente é muito mais um dever dos pais do que um poder, o que permite a prevalência dos interesses dos filhos. Deve-se visar não só a proteção dos menores, mas também a sua capacitação como manifestação plena da função social do poder familiar. Vale assinalar que o tratamento dado aos menores na Constituição Federal vigente e no Estatuto da Criança e do Adolescente corrobora isto.

Observa-se que, embora existam divergências entre os doutrinadores, sobre se a natureza é de poder-dever, função, múnus, etc., há concordância no que tange aos elementos essenciais e na característica do instituto protetor da menoridade, que exige o cumprimento de deveres e o exercício de direitos, tendo a família como território natural e propício de funcionamento.

Neste sentido vale assinalar que o âmbito de funcionamento do instituto varia de acordo com as diversas situações em que pode enquadrar-se, dependendo, por exemplo, da extensão e do modo de cumprimento dos respectivos direitos e deveres, como na família dissociada, na família uniparental, na união livre, etc.

Sem dúvida, o desenvolvimento da família é essencial para a sociedade, por isso pode-se concluir que o poder familiar é acima de tudo uma função de ordem pública, um munus público do qual os pais não podem se furtar.

²⁰ SCHWERTNER, Vera Maria. *Guarda compartilhada*. Disponível em: <<http://www.rj.apase.org.br/14007-guardacomp.htm>>. Acesso em: 29 fev. 2008.

2.5 Conteúdo do poder familiar

O conteúdo do poder familiar pode ser definido no presente trabalho como o conjunto de direitos e deveres que a norma jurídica impõe aos pais em relação aos filhos, já que não cabe tratar do conjunto de direitos e deveres dos pais com relação aos bens.

A titularidade desses encargos que, conforme já mencionado, antigamente pertencia apenas ao pai, atualmente pertence de forma conjunta, igualitária e simultânea ao pai e à mãe, que são os sujeitos ativos do exercício do poder familiar. Vale dizer que esse encargo decorre da maternidade e da paternidade e não do matrimônio ou da união estável, como muitos confundem. Conforme preconiza o artigo 1630 do Código Civil, os filhos, enquanto menores, são sujeitos passivos da relação parental, independentemente do casamento.

Cumprе ressaltar que há situações em que os pais encontram-se impedidos de exercer o poder familiar por suspensão, destituição, entre outras. No entanto, estas hipóteses serão melhor analisadas posteriormente. Há também as hipóteses de ausência do poder familiar, como nos casos em que os pais não são vivos. Dar-se-á, então, um tutor ao menor nestes casos.

Feitas as considerações a respeito da titularidade do poder familiar, partiremos para a análise dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

O Código civil em seu artigo 1634, elencou os atributos do poder familiar em relação à pessoa dos filhos. É importante observar que o dispositivo legal não esgota os direitos e deveres, apenas assinala os fundamentais. Eis a relação dos sete incisos:

- Art. 1634. Compete aos pais, quanto a pessoa dos filhos menores:
- I – dirigir-lhes a criação e educação;
 - II – tê-los em companhia e guarda;
 - III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
 - IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobreveio que não puder exercer o poder familiar;
 - V – representá-los, até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
 - VI – reclamá-los de quem legalmente os detenha;
 - VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

É dever precípua dos pais a criação e educação dos filhos, conforme os artigos 1634, I, do Código Civil e 229 da Constituição Federal. O dever de criação é, em última análise e segundo Silvio de Salvo Venosa²¹, o dever de tornar os filhos úteis para si mesmos e para a sociedade, ou seja, dever de ensiná-los a resolver os problemas sem a futura presença dos

²¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de família*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 6. p.361

pais, que devem proporcionar os meios de subsistência e educação necessários para este desenlace. Nota-se que o dever de criar os filhos, de certa forma, engloba o dever de educação. No entanto, o destaque dado pelo legislador sugere que a educação deve ser compreendida em um sentido amplo. Segundo Eduardo de Oliveira Leite, a noção de educação é abrangente, incluindo tanto a educação escolar e profissional, como a formação moral que nasce no ambiente familiar e se reflete na formação do indivíduo e do cidadão.²² Parece-nos ainda que a inclusão da palavra educação deu-se no sentido de abranger também a noção de correção e disciplina, ainda que não expressamente, conferida aos pais pelo poder familiar.

Conforme dispõe o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família[...]”, sendo assim, o filho deve permanecer na família e ligado aos pais em unidade de convivência. Além disso, ter os filhos em sua companhia (artigo 1634, II do Código Civil) é um direito e dever indispensável aos pais para que possam dirigir a criação e educação de seus filhos de forma conveniente e responsável, regendo sua conduta, estabelecendo limites e locais a serem freqüentados, etc.

Na hipótese de casamento de filhos maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos, conforme artigo 1517 do Código Civil, há necessidade de consentimento expresso dos pais. O consentimento ou a sua negativa é um direito-dever dos pais, conforme artigo 1634, III do Código Civil, pois compete a estes a análise se a realização do matrimônio é ou não adequado ao desenvolvimento do menor, que ainda se encontra sob sua responsabilidade. É sabido que este direito (de negar o consentimento) não é absoluto, pois pode ser suprido judicialmente conforme o artigo 1519 do Código Civil.

Os pais podem também com relação aos filhos, conforme artigo 1634, IV do Código Civil, nomear-lhes tutor. A nomeação de tutor apenas se dá nos casos de morte de um dos pais e já sendo morto ou incapaz o outro genitor, sob pena de nulidade, conforme artigos 1729 e 1730 do Código Civil.

Os indivíduos menores de idade não podem praticar sozinhos os atos da vida civil. Neste sentido, conforme o artigo 1634, V, do Código Civil, compete aos pais representarem seus filhos menores de 16 anos, considerados absolutamente incapazes pela legislação civil e assistirem seus filhos entre 16 e 18 anos, considerados pela legislação como sendo relativamente incapazes.

²² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado: Direito de família*. São Paulo: RT, 2005, v. 5. p.280

Segundo Waldyr Grisard Filho²³, na assistência, compreendem-se os aspectos morais, que se confundem com o dever de educação, e os aspectos materiais que se referem à obrigação alimentar, enquanto que a representação tem caráter necessário - pois sem ela os atos praticados pelo menor seriam inválidos - e universal, uma vez que compreende todas as relações jurídicas dos menores, sejam de natureza familiar ou patrimonial.

Compete aos pais ainda, com relação aos filhos, de acordo com o artigo 1634, VI, do Código Civil, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, ou seja, se um terceiro de forma não autorizada mantém os menores consigo, é permitido aos genitores reclamá-los judicialmente. A ação cabível nestes casos é a ação de busca e apreensão de menores.

A lei impõe aos filhos, em seu artigo 1634, VII, do Código Civil, determinadas condutas importantes para o convívio em família, das quais nascem os direitos paternos. O referido diploma legal estabelece que os pais têm o direito de exigir dos filhos obediência, respeito e a realização de tarefas próprias da idade e condição, independentemente da finalidade a ser atingida (mero desenvolvimento de aptidões, contribuição na renda familiar para o sustento da família, etc.).

Faz-se mister considerar que a realização de tais tarefas não deve ultrapassar os limites domésticos, muito menos prejudicar o desenvolvimento físico e educacional da criança. Sobre este inciso, Paulo Luiz Netto Lôbo²⁴ manifesta-se no sentido da inconstitucionalidade deste direito conferido aos pais de exigir a prestação de serviços. O fundamento do referido autor é o de que submeter os filhos a serviços próprios de sua idade e condição é explorar sua vulnerabilidade, além de constituir abuso (artigo 227, § 4º da Constituição Federal) ofendendo principalmente o princípio da dignidade humana (artigo 1º, III e 227 da Constituição Federal).

Por fim, vale dizer que todos os atributos mencionados estão sujeitos, na prática, ao controle do Estado, seja de forma administrativa ou judicial, com o objetivo de limitá-lo e de evitar abusos. Isso porque de acordo com o Supremo Tribunal Federal²⁵ atualmente devem prevalecer os deveres aos direitos, visando, acima de tudo, a proteção integral dos menores.

2.6 Suspensão, perda e extinção do poder familiar

²³ GRISARD FILHO, Waldyr. Op.cit. p.46.

²⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p.153-154.

²⁵ O STF manifestou-se acerca deste controle de forma incisiva (RE 11601, Revista Forense, v. 143, p.172) : “Menor sob guarda de terceiros – Reclamação da mãe – Não atendimento- Submissão do pátrio poder ao controle da autoridade pública. Não basta, para reclamar menores, quando sob a guarda de terceiros, a condição de pai, mãe, tutor ou encarregado de sua guarda. A lei exige, ainda, no interesse deles, que às prerrogativas do pátrio poder concorram outros pressupostos, cuja verificação é simples ‘quaestio facti’. A submissão desse poder ao controle da autoridade pública constitui um dos traços mais coloridos da socialização do Direito. Não deve ser restituído à mãe o menor por ela abandonado, cuja educação seria prejudicada com a sua volta”.

Sendo o poder familiar um instituto de proteção e defesa dos filhos, pressupõe-se que o mesmo deva perdurar durante todo o período da menoridade. No entanto, cabe assinalar que o poder familiar trata-se, antes de tudo, de um *munus público*, sujeito à fiscalização e ao controle do Estado, que deve supervisionar a relação entre pais e filhos a fim de que sejam evitados abusos em seu exercício.

Se, através dessa fiscalização do Estado, forem verificados abusos, o Estado deve então interferir. O legislador listou as providências cabíveis através de institutos no Código Civil, quais sejam, a extinção, a suspensão e a perda do poder familiar.

Primeiramente, analisaremos as hipóteses pelas quais o poder familiar se extingue. Tais hipóteses encontram-se previstas no artigo 1635 do Código Civil. Sendo assim, a extinção decorre da morte de um dos pólos da relação jurídica (a morte de um dos cônjuges extingue o encargo do que faleceu, restando ao sobrevivente o poder familiar); da emancipação do menor (ocorre por concessão dos pais, através de instrumento próprio, tornando o filho capaz para os atos da vida civil); através da maioridade; da adoção (caso em que extingue-se o poder familiar da família natural, através de sentença judicial e o transfere ao adotante; da decisão judicial na forma do artigo 1638 do Código Civil.

A suspensão do poder familiar tem previsão legal no artigo 1637 do Código Civil e torna-se possível sempre que se identificar uma circunstância demonstradora de que o exercício do poder familiar, por um ou por ambos os pais foi exercido de maneira incompatível com os interesses do menor. É hipótese de suspensão quando os pais abusam de seus poderes, faltando aos seus deveres ou dilapidando o patrimônio dos filhos. Cabe suspensão ainda na hipótese do pai ou da mãe serem condenados por sentença irrecorrível, em crimes cuja pena seja superior a dois anos de prisão. A suspensão tem caráter temporário (sendo assim o genitor pode ter seu exercício reintegrado quando desaparecer a causa que o determinou), pode ocorrer em todos os atributos do exercício do poder familiar e dá-se por decisão judicial.²⁶

O pedido de suspensão pode ser dirigido ao Estado através de requerimento de um parente ou pelo Ministério Público, sendo sempre verificada a gravidade da falta pelo magistrado. Há de se considerar ainda que a suspensão pode se dar em relação ao “filho vítima” ou em relação a toda a prole, conforme artigo 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente. O artigo 165 menciona ainda um rol maior de legitimados para solicitar essas medidas restritivas.

²⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. Op cit. p.368

A mais grave sanção imposta aos pais que transgridem os deveres paternais é a perda ou destituição do poder familiar, conforme dispõe o artigo 1638 do Código Civil:

Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I – castigar imoderadamente o filho;
II – deixar o filho em abandono;
III – praticar atos contrários a moral e aos bons costumes;
IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Pode-se perceber, através da leitura do artigo, que as causas que ensejam a perda do poder familiar são bem mais graves que aquelas que ensejam a suspensão. Sabe-se também que as causas elencadas no dispositivo legal supramencionado são exaustivas, já que a sanção da destituição é uma medida imperativa e de caráter excepcional, abrangendo toda a prole e que a perda do poder familiar é definitiva. No entanto, vale assinalar que para Marco Aurélio S. Viana²⁷, a perda do poder familiar é, em regra, permanente, pois seu exercício pode ser restabelecido se provada, judicialmente, a regeneração do genitor ou se desaparecida a causa que o determinou, assim como ocorre nos casos de suspensão.

Ressalte-se que, embora não haja norma expressa, ainda que a privação do poder familiar seja por suspensão ou perda, não afeta o dever de prestar alimentos ao filho, visto que se trata de uma penalidade imposta ao genitor e que, conforme já exposto, a obrigação não surge do poder familiar em si, mas sim do vínculo de parentesco.

Com a aplicação da sanção, o poder familiar passa automaticamente apenas para o outro genitor. Sendo este falecido ou incapaz, o juiz, então, deverá nomear um tutor. Vale comentar ainda a observação de Orlando Gomes a respeito do assunto. Para ele, as causas de extinção operam-se pela lei, enquanto que as causas de perda ou privação operam-se por sentença judicial.²⁸

Após uma análise das hipóteses em que pode ocorrer alteração no exercício do poder familiar, pode-se perceber que este não se encerra com a separação, divórcio, ou dissolução de união estável. A autoridade parental prevalece, em condições iguais para ambos os pais²⁹, qualquer que seja o modelo de família adotado.

Faz-se necessário então analisarmos as consequências que a ruptura do vínculo conjugal (expressão utilizada neste trabalho de forma genérica, englobando todas as formas de desmembramento do casal) gera no cotidiano da família, como, por exemplo, nas questões que envolvem a fixação da guarda, motivo de análise do próximo capítulo.

²⁷ VIANA, Marco Aurélio S. *Direito de Família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.272.

²⁸ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 4.ed. Rio de Janeiro:forense, 1981, p.416

²⁹ Uma das inovações que o Código Civil vigente trouxe para o campo do direito de família brasileiro foi estabelecer, de forma clara, que compete ao pai e à mãe, de forma igualitária, o exercício conjunto do poder familiar.

3 RELAÇÕES PARENTAIS E A GUARDA

3.1 A ruptura do vínculo conjugal e suas conseqüências nas relações parentais e na guarda

Enquanto os genitores vivem juntos, não se costumam suscitar questões no que se refere à guarda dos filhos menores. Os direitos e deveres estabelecidos nas relações parentais são, então, exercidos de forma conjunta e em igualdade de condições pelos pais, conforme já mencionado no capítulo anterior e previsto no artigo 226, § 5º da Constituição Federal. Afinal, a guarda é um dos atributos do poder familiar, conforme artigo 1634, II do Código Civil.

Sendo assim, sua atribuição decorre, na constância do casamento, do dever comum dos pais, na forma do artigo 1566, IV do Código Civil, mas as relações parentais que surgem dessa união não devem se alterar ainda que esta acabe, conforme o disposto nos artigos 1579, 1632 e 1636 do Código Civil e 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No entanto, com a ruptura do vínculo conjugal,³⁰ apesar da responsabilidade parental não se extinguir, o seu exercício conjunto pelos pais sofre alterações práticas, pois os filhos, em regra, não mais continuarão a viver com ambos os pais.

Desta forma, conclui-se que o desmembramento do casal não acarreta a perda do poder familiar ao cônjuge não-guardião (já que não atinge os vínculos jurídicos existentes entre pais e filhos), mas dificulta extremamente, na prática, o seu exercício pleno, restando-lhe geralmente o direito de visita, a função de prestar alimentos e a de mero espectador no desenvolvimento dos filhos.

É inquestionável que as modificações ocorridas na sociedade, com o decorrer dos tempos, influenciariam de uma forma ou de outra a estrutura familiar. Os casais têm avaliado com cada vez menos importância e seriedade a ruptura de seus relacionamentos.

E quando se separam e há filhos comuns, a situação tende a se agravar, partindo-se muitas vezes para os tribunais. Nesta etapa, muitas vezes a atribuição da guarda torna-se uma disputa, na qual cada um pretende apenas provar que o outro não tem condições de exercer a guarda, que é um mau genitor. Assim, deixa-se para um segundo plano a idéia de que o fundamental é o interesse dos filhos e esta disputa pode acarretar graves danos psicológicos na criança.

Neste sentido, vale discorrer brevemente sobre como nosso direito tem tratado as hipóteses de ruptura conjugal e suas conseqüências na guarda.

Nos casos de separação ou divórcio consensuais, com relação à guarda, a lei estabelece que deve prevalecer o acordo estabelecido livremente entre os pais (artigos 1583,

³⁰ Deve-se entender por ruptura quaisquer das formas de desfazimento da conjugalidade, seja em família legítima ou natural.

1120 a 1124 do Código Civil). No entanto, cumpre ressaltar que o juiz, considerando o bem-estar e o melhor interesse do menor, pode regular a guarda de forma diversa.

Já nos casos de separação ou divórcio litigiosos, o Código Civil atual estabelece em seu artigo 1584 que o magistrado deve atribuir a guarda a quem tiver melhores condições para exercê-la. Vale dizer que foi o atual Código Civil que desvinculou a guarda dos critérios que variavam conforme a modalidade da separação, quais sejam, a culpa e a prevalência materna.

No entanto, a nova legislação civil, em seu artigo 1579, manteve as mesmas regras da legislação anterior no que diz respeito ao divórcio não trazer efeitos em relação aos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos e nem mesmo se houvesse novo casamento de qualquer deles importaria restrições a esses deveres. Neste sentido, manteve também as disposições sobre a guarda e os alimentos, conforme artigo 1590.

A guarda na união estável (novo modelo de entidade familiar reconhecido pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, §3) está entre os direitos e deveres dos companheiros, juntamente com o sustento e a educação dos filhos comuns, de acordo com a lei 9278/1996, artigo 2º, III) cumpre assinalar que como não houve regulamentação sobre o destino dos filhos nos casos de ruptura, tem-se empregado analogia aos dispositivos atinentes do Código Civil (1583 a 1590).

É importante observar que a questão da guarda em casamentos nulos ou anuláveis segue os mesmos princípios adotados para os filhos de um casamento válido quando da separação litigiosa dos pais, conforme artigos 1584 a 1587 do Código Civil.

No que tange à guarda dos filhos extramatrimoniais, há duas hipóteses: se apenas um dos genitores reconhecer a filiação, a guarda será atribuída a este, conforme artigos 1612, 1ª parte e 1633 e artigo 16, 1ª parte do decreto lei 3200 de 1941. Caso ambos os genitores tenham reconhecido o filho extramatrimonial, a guarda será deferida à aquele que melhor atenda aos interesses do menor, podendo o juiz decidir de outro modo, sobretudo quando houver prejuízo ao menor, conforme artigo 1612 do Código Civil e artigo 16, 2ª parte e parágrafos do decreto lei 3200 de 1941. Vale mencionar ainda que com a desunião os genitores passam a ter novas funções. São funções do genitor guardião: proteger, educar e sustentar o filho; escolher a residência de ambos; administrar os bens dos filhos (salvo restrições do artigo 1691 do Código Civil) e a responsabilidade pela reparação de danos civis causados pelos filhos, com fundamento no dever de vigilância e na presunção de culpa dos pais.

No que compete ao genitor não guardião, este tem o dever de prestar alimentos, as funções ou direitos próprios de visitação e de fiscalização, além de outros direitos que deve

exercer de forma concorrente com o outro genitor, como, por exemplo, exigir-lhe obediência, reclamar de quem de forma ilegal detenha o menor, conceder ou não consentimento para casar, entre outros.

Analisadas as influências da ruptura conjugal nas relações parentais e, sobretudo, na guarda, parte-se agora para um estudo específico deste instituto. Faz-se necessário então iniciarmos pela sua conceituação.

3.2 Conceito de guarda

Conceituar, de forma unívoca e apropriada, o instituto da guarda torna-se extremamente difícil, tendo em vista a multiplicidade dos fatores que envolvem as relações e a guarda de filhos.

Inicialmente, deve-se fazer uma análise do vocábulo *guarda*, que consoante De Plácido e Silva, é “derivado do antigo alemão *wargen* (guarda, espera), de que proveio também o inglês *warden* (guarda), de que formou o francês *garde*, pela substituição do *w* pelo *g*, é empregado em sentido genérico para exprimir *proteção, observância, vigilância ou administração*”.

Neste sentido, o autor acima mencionado especifica ainda que guarda de filhos representa uma “locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E ‘guarda’, neste sentido, tanto significa custódia que é devida ao filho pelos pais”.³¹

Alguns autores ao conceituarem o vocábulo guarda conferem a esta um caráter de posse como, por exemplo, José Antônio de Paula Santos Neto que formula seguinte definição: “Guarda é o direito consistente na posse de menor oponível a terceiros” e ainda reflete: “Parece-nos que o traço principal e característico da guarda consiste em ter garantida a posse do menor”.³²

Há de se destacar que a referência entre estes dois termos (guarda e posse) pode gerar conflitos de natureza conceitual, no que se refere aos direitos dos menores, já que na realidade, alguém jamais será proprietário ou possuidor de outrem. Os conceitos podem até estar interligados, mas não são sinônimos. A guarda além da posse deve abranger também as noções de companhia, vigilância e responsabilidade.

³¹ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. 1-2. p. 365-366.

³² SANTOS NETO, José Antônio de Paula. Op. cit., p.138-139.

Para Guillermo Borda, o estudo da guarda compreende a vigilância, o direito de reter consigo os filhos menores somados à obrigação deste viverem na casa de seus pais e a responsabilidade por danos causados.³³

Consoante Mário Aguiar Moura³⁴, a guarda “em sentido jurídico, representa a convivência efetiva dos pais ou responsável com o menor, sob o mesmo teto, com o dever de assistência material, para sobrevivência física e moral, para o desenvolvimento psíquico”.

Há ainda a definição de Maria Helena Diniz a respeito do significado da guarda, que nos parece bastante adequada:

[...]constitui um direito, ou melhor, um poder porque os pais podem reter os filhos no lar, conservando-os junto a si, regendo seu comportamento em relação com terceiros, proibindo sua convivência com certas pessoas ou sua frequência a determinados lugares, por julgar inconveniente aos interesses dos menores.³⁵

A guarda, analisada sob a ótica do poder familiar, é tanto um dever como um direito dos pais. Entretanto, não se deve confundir os institutos. O poder familiar tem natureza própria, que advém da necessidade de se proteger os filhos caracterizando, conforme mencionado no capítulo anterior um *múnus público*. Já a guarda decorre do poder familiar, é um atributo deste, um dos elementos que o compõem, mas não é propriamente da essência do poder familiar (e sim da natureza), podendo ser destacada do mesmo e exercida apenas por um dos genitores ou até mesmo por terceiros. A guarda está relacionada ao poder familiar por meio dos seguintes dispositivos legais: 1634, III do Código Civil e 21 e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sendo assim, conforme bem elucida Waldyr Grisard Filho³⁶, a guarda não se define por si mesma, senão através dos elementos que a asseguram. Surge, então, como um direito-dever originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos, sendo o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais elencadas no artigo 1634, II, Código Civil.

3.3 Evolução do instituto da guarda na legislação pátria

Em nosso direito, a regulamentação da guarda dos menores pode advir de duas situações distintas e sujeitas a diferentes disciplinas, que aproveitam, contudo, o mesmo conceito: uma em decorrência da extinção da sociedade conjugal (separação ou divórcio) ou

³³ BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil*. 9. ed. ampl. e atual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. tII: Família, p.147-148.

³⁴ MOURA, Mário Aguiar. Guarda de filho menor. *Ajuris*, Porto Alegre, n.19, p.15, jul.1980.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5. p.444.

³⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit., p. 55.

de qualquer outra forma de união e outra conforme a disciplina do Estatuto da Criança e do Adolescente. Como o presente trabalho busca analisar uma modalidade de guarda advinda da primeira hipótese, tratar-se-á da evolução histórica desta e após esta etapa será feita uma breve referência acerca da guarda do menor disciplinado pelo Estatuto.

Inicialmente, faz-se mister destacar que apesar do extenso caminho percorrido pelo legislador brasileiro, o interesse do menor sempre esteve em evidência quando das discussões a respeito de sua guarda.

No direito brasileiro, a primeira norma sobre o instituto da guarda foi o Decreto 181 de 1890, que disciplinou o destino dos filhos de pais que não mais convivem, estabelecendo em seu artigo 90 que: “A sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles, assim, como a contribuição do marido para sustentação da mulher, se esta for inocente e pobre”.

O Código Civil de 1916, no capítulo que se referia à dissolução da sociedade conjugal e à proteção dos filhos, distinguiu as hipóteses de dissolução amigável e litigiosa. Para a primeira hipótese, estabeleceu em seu artigo 325 que seria seguido o que os cônjuges acordassem em relação a guarda dos filhos. E no que se refere à hipótese de litígio previu em seu artigo 326 que primeiramente deveria ser observado se a ruptura da sociedade conjugal foi gerada por culpa de um ou de ambos os cônjuges (havendo cônjuge inocente com ele ficariam os filhos menores). Em caso de ambos os cônjuges serem culpados considerar-se-ia a idade e o sexo dos filhos menores para a determinação da guarda, seguindo os seguintes critérios: ficariam com a mãe as filhas enquanto menores e os filhos de até seis anos, sendo entregues ao pai após essa idade; já os filhos menores, mas com mais de seis anos passavam à guarda direta do pai.

O mencionado Código previu ainda que havendo motivos graves, o magistrado poderia regular de maneira diferente o exercício da guarda, observando sempre a prevalência do interesse do menor e julgando da maneira mais conveniente para este. Isto se diferencia do que estabelecia o ordenamento jurídico anterior.

Em 1941, o Decreto-lei 3200 em seu artigo 16, disciplinando sobre a guarda do filho natural, determinou que o menor deveria ficar com o progenitor reconhecente e, se ambos o fossem, ficaria sob o poder do pai, salvo se o juiz decidisse de forma diversa, no interesse do menor.

O Decreto-lei 9701 de 1946, dispondo sobre a guarda de filhos na realização do desquite judicial, garantia aos pais o direito de visita aos filhos nos casos em que a guarda,

oficializada a desunião, não fosse fixada a favor dos pais, mas sim a favor de pessoa notoriamente idônea da família do cônjuge inocente.

A Lei 4121 de 1962 (o Estatuto da Mulher Casada) motivou, em relação à guarda dos filhos, alterações no desquite litigioso, tendo conservado as disposições no desquite amigável. Sendo assim, passou-se a adotar o seguinte esquema: a) havendo cônjuge inocente, a este seria confiada a guarda (sem alteração); b) sendo ambos culpados, os filhos menores permaneceriam sob a guarda materna (não se observando sexo ou idade), salvo entendimento contrário do juiz; c) o juiz poderia ainda deferir a guarda à pessoa idônea da família de quaisquer dos cônjuges, assegurados o direito de visitas, caso entendesse que os filhos menores não deveriam permanecer sob a guarda de nenhum dos pais.

A lei 5582 de 1970 alterou o já referido artigo 16 do Decreto 3200 de 1941, lhe acrescentando parágrafos, estabelecendo que o filho natural, quando reconhecido por ambos os genitores, ficasse sob o poder materno, salvo se de tal solução adviesse prejuízo ao menor. Também previu a possibilidade de colocação dos filhos menores sob a guarda de pessoa idônea, de preferência da família de quaisquer dos genitores. Poderia ainda o juiz estabelecer situação diversa, havendo motivos graves, a qualquer tempo, sempre no interesse do menor.

Esse quadro perdurou até a outorga da Lei do Divórcio (lei 6515/1977) que introduziu algumas adaptações, mas conservou, em linhas gerais, o sistema vigente (permanecendo como preceito fundamental a preservação dos melhores interesses do menor), estabelecendo que: nas dissoluções consensuais, seria observado o que os cônjuges acordassem sobre a guarda dos filhos.

Já nas dissoluções litigiosas, o destino dos filhos menores obedeceria às peculiaridades de cada uma das modalidades de dissolução existentes. São elas: a) artigo 5º, caput c/c artigo 10, caput da lei 6515/1977, os filhos ficariam sob a guarda do cônjuge que não deu causa a ruptura conjugal; b) artigo 5º, § 1º c/c artigo 11 da lei 6515/1977, os filhos continuariam sob a guarda do cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum; c) artigo 5º, § 2º c/c artigo 12 da lei 6515/1977, os filhos ficariam com o cônjuge que possuíse condições físicas e mentais de assumir normalmente o encargo e, por consequência, todas as responsabilidades dele decorrentes. E, por fim, nas dissoluções litigiosas, com culpa de ambos os cônjuges, a guarda dos filhos menores ficaria com a mãe, independentemente de sexo e idade, na forma do artigo 10, § 1º da lei 6515/1977.

Tais regulamentações perduraram até o advento da Constituição Federal de 1988 que reforçou a importância das questões que envolvem o instituto da guarda, sobretudo em seu

artigo 227, que assegurou à criança o direito à convivência familiar e comunitária como dever, primeiramente da família e depois da sociedade e do Estado.

A Constituição Federal de 1988 influenciou diretamente ainda a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8069/1990) que disciplinou que a família natural ou biológica tem prioridade de ter o menor consigo. Desta forma, este somente deve ser colocado em uma família substituta na hipótese de ser inviável a sua permanência com seus genitores.

Por fim, com o Código Civil de 2002 as regras não se alteraram muito: aplicou-se os preceitos constitucionais e o estabelecido no artigo 2º da Declaração Universal dos Direitos da Criança.³⁷ O Código Civil vigente pôs fim ainda ao regime de perda da guarda do filho pela culpa do cônjuge na separação e o da prevalência materna na sua fixação em caso de culpa recíproca como estavam dispostos na legislação civil anterior.

Assim, a nova legislação civil destaca, em seu artigo 1634, a guarda como sendo um conjunto de direitos e deveres oriundos do casamento (ou qualquer outra espécie de união), que impõe a ambos os cônjuges ou conviventes respeitar e priorizar os interesses dos filhos menores, caracterizando o instituto como oriundo do poder familiar.

Analizadas todas as etapas da evolução do instituto da guarda decorrentes da dissolução conjugal, compete-nos uma breve referência a respeito da guarda de menor disciplinada pela lei 8069/1990, conforme mencionado no início desta seção.

Conforme o disposto neste capítulo, o menor deve, em princípio, ser criado em sua família natural. Isto porque a guarda, embutida no poder familiar, é geralmente exercida pelos pais (com ou sem vínculo conjugal ou de qualquer outra forma de união) sobre os filhos enquanto menores, é a guarda comum. Caso isto não seja possível será dado a criança conforme artigo 19 do estatuto da Criança e do Adolescente, uma família substituta, que lhe assegure uma convivência familiar comunitária, conforme mencionado.

Sendo assim, a guarda exercida por família substituta, apresenta-se ao lado da tutela e da adoção, como uma das modalidades legalmente previstas, conforme artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente, para satisfazer a lei, ainda que provisoriamente. Está disciplinada nos artigos 33 a 35 do referido estatuto e visa regularizar a posse de fato. E uma vez estabelecida obriga a prestação de assistência integral, conferindo ao detentor o direito de se opor a terceiros, inclusive aos próprios pais conforme ao artigo 33.

³⁷ “A criança gozará proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei ou por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança”.

A guarda prevista no Estatuto decorre do abandono e da orfandade, sendo que neste ultimo caso é preciso que esteja circunscrita nas hipóteses de seu artigo 98 (direitos ameaçados ou violados), para que surja a competência da justiça especializada. Cumpre analisar ainda que a guarda, diferentemente da tutela e da adoção, não afeta o poder familiar no sentido de que permanece o dever dos pais de assistência, por exemplo, de prestar alimentos se o menor necessitar, apesar de o guardião estar obrigado a prestação de assistência moral material e educacional.³⁸

Diante de todo o exposto e retornando à análise da guarda decorrente da dissolução conjugal, pode-se inferir que este instituto ultrapassa a idéia de posse e de mero direito dos pais contidas no Código Civil, sendo, na realidade, um total comprometimento dos genitores, da sociedade e do Estado, na garantia de aplicação efetiva dos atos tutelados em prol da criança e do adolescente, o que redundará na função social da guarda.³⁹

Por fim, cabe ressaltar que a nítida evolução da legislação referente à matéria em análise, não eliminou, nem mesmo reduziu as diversas controvérsias entre os pais, sendo as questões de guardas uma das mais delicadas e debatidas nas Varas de Família do Brasil.

3.4 Modalidades de guarda

A ruptura da família já se tornou rotina entre as sociedades ocidentais. Desta forma, a doutrina e a jurisprudência de diversos países, inclusive o Brasil, vem admitindo várias maneiras de se admitirem a guarda no pós-ruptura. Há classificações que dizem respeito à origem ou à forma pela qual foi decretada e outras que consideram a finalidade. Neste sentido, adotar-se-á no presente trabalho a classificação de Waldyr Grisard Filho.⁴⁰

3.4.1 Guarda comum, desmembrada e delegada

Na chamada guarda comum, o exercício é dividido igualmente entre os pais como decorrência do poder familiar. Ocorre durante o casamento ou qualquer outra sociedade

³⁸ SILVA, José Luiz Mônico da. *A família substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.59-60.

³⁹ TURCATO, Ana Beatriz Alvarez. *Guarda de filhos*. 2003. Dissertação para obtenção do título de mestre – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2003, p.95-112.

⁴⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. *Op.cit.*, p. 79-91.

conjugal e decorre do fato da paternidade e maternidade, tendo origem natural e não legal ou judicial.

Há a modalidade de guarda na qual o Estado intervém, através do Juizado da Infância e Juventude, outorgando a guarda a quem não detém o poder familiar, para a devida proteção do menor. Esta é chamada guarda desmembrada do poder familiar e ocorre quando há situação de abandono ou de perigo, o que incita a atuação do Estado em proteção do menor e em virtude da função social da guarda. Esta modalidade também pode ser chamada de guarda delegada, pelo fato de ser exercida por alguém que não tem representação legal do menor, senão a autoridade oficial, e em nome do Estado.

3.4.2 Guarda originária e derivada

A guarda originária é aquela que tem origem natural, oriunda do poder familiar, consistente no direito dever de convivência e comunicação plenos entre pais e filhos. A guarda comum também pode ser classificada de originária.

Já a guarda derivada não tem origem natural e sim legal, correspondendo não aos pais e sim a quem exerça a tutela do menor, seja um particular, de forma dativa, legítima ou testamentária, seja por um organismo oficial, cumprindo o Estado sua função social, na forma do artigo 30 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

3.4.3 Guarda de fato

É uma espécie de guarda desmembrada mas não delegada, ou seja, é aquela que se dá, sem atribuição legal ou judicial, por decisão própria de uma pessoa que traz o menor aos seus cuidados, não possuindo sobre ele nenhum direito de autoridade, porem todas as obrigações inerentes à guarda desmembrada, como assistência e educação. O vínculo jurídico que assim se estabelece, no entanto, só será desfeito por decisão judicial e, benefício do menor, apesar desta não ter sido sua origem.

3.4.4 Guarda provisória e definitiva

A guarda provisória ou temporária surge quando, na pendência de processos de separação ou divórcio, surge a necessidade de se atribuir a guarda a um dos genitores. Sendo

uma medida provisória, se extingue automaticamente quando a demanda é sentenciada. Isto porque a sentença, após uma análise profunda dos critérios para a atribuição da guarda ao genitor mais apto (neste momento o juiz considera geralmente os pareceres de psicólogos e assistentes sociais), concede a guarda definitiva a um de seus genitores.

Sob esse aspecto, é importante considerar que a definitividade da guarda não é absoluta, pois a sentença é imutável apenas enquanto a situação fática se mantiver a mesma. Caso sobrevenha modificação no estado de fato ou de direito, pode o juiz rever a decisão anterior, desde que fundamentada.

3.4.5 Guarda única e peculiar

A denominada guarda única é aquela na qual a criança é colocada sob a guarda de apenas um dos pais. Também é chamada de guarda exclusiva ou uniparental. Neste modelo, enquanto um dos pais exerce uma relação continua com o filho, o outro mantém relações mais restritas, ficando adstrito apenas a visitas, o que propicia um afastamento entre eles.

Já a guarda peculiar é aquela na qual o guardião representa o menor em uma determinada (e peculiar) situação. É a que visa suprir a falta dos pais. Encontra-se disposta no artigo 33, § 2º, 2º parte do Estatuto da Criança e do Adolescente. Um exemplo seria a necessidade de realização de uma matrícula escolar, estando os pais em local distante.

3.4.6 Guarda por terceiros, instituições e para fins previdenciários

A guarda por terceiro, conforme artigo 33 do Estatuto da criança e do adolescente, obriga este à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, conferindo ao guardião o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos próprios pais (que não ficam dispensados de seus deveres de assistência).

Em caso de inexistência de parentes ou até mesmo de estranhos ao menor que aceitem o encargo, a criança poderá ser colocada em instituição governamental, conforme artigo 30 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Esta é a última solução para a guarda e é a forma que o Estado tem de assegurar ao menor os direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal.

Resta ainda a discussão acerca da guarda para fins previdenciários. A questão é controvertida, já que conforme artigo 33, §3º do ECA, a guarda assegura ao menor a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito e, de modo expreso, os previdenciários. No entanto, há muitas posições contrárias a essa modalidade de guarda. Já J. M. Leoni Lopes

de Oliveira⁴¹ manifesta-se contrariamente a essa modalidade quando resta comprovado que a única finalidade da guarda foi garantir ao menor usufruir os benefícios previdenciários do guardião, pois a guarda deve ter finalidade maior que esta. Os benefícios previdenciários devem ser exclusivamente conseqüências da guarda e não sua finalidade. Neste sentido, também pondera Ana Maria Moreira Marchesa⁴² ao entender que a guarda para fins previdenciários favorece a simulação, já que há discrepância entre as situações fáticas e jurídicas.

3.4.7 Guarda jurídica e material

A guarda material consiste em ter o filho em sua companhia, ou seja, realiza-se pela proximidade diária do genitor que convive com o filho, conforme artigo 36, § 1º, Estatuto da Criança e do Adolescente, em exercício de posse e vigilância.

Já a guarda jurídica implica o direito de reger a pessoa dos filhos, dirigindo-lhe a educação e decidindo questões de acordo com os interesses dele, cabendo ao outro o direito de fiscalizar as decisões tomadas pelo genitor a quem a guarda foi atribuída. Desta forma, a guarda jurídica pode ser exercida a distância pelo genitor não guardião.⁴³

3.4.8 Nidação ou aninhamento e guarda dividida

Na nidação ou aninhamento, os pais se revezam e mudam-se, em períodos alternados de tempo, para casa onde vivem os menores. Esta modalidade de guarda é rara e não tem alcançado êxito devido, sobretudo, aos altos custos que impõem à sua manutenção, como, por exemplo, a manutenção de várias residências (uma para o pai, outra para mãe e outra para o filho recepcioná-los).

A modalidade dividida da guarda apresenta-se quando o filho, menor de idade, vive em um lar fixo (sob este aspecto é até favorável ao menor) e recebe a visita periódica do pai ou da mãe que não detém a guarda. O sistema forçado de visitas periódicas leva a uma ausência sistemática que desestimula o exercício da guarda e tem efeito destrutivo no relacionamento entre pais e filhos. Atualmente, os próprios pais contestam esse modelo e

⁴¹ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Guarda, tutela e adoção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p.59-60.

⁴² MARCHESA, Ana Maria Moreira. Colocação em família substituta: aspectos controvertidos. *Revista dos tribunais*, São Paulo, a.82, n. 689, p. 297-300, mar.1993.

⁴³ GOMES, Orlando. Op.cit., p.281.

buscam novos meios de se garantir uma participação mais efetiva na vida de seus filhos, após a ruptura.

3.4.9 Guarda alternada

Nesta modalidade, a guarda (jurídica e material) da criança é atribuída a um dos pais, restando, ao outro, o direito de visitas e, findo o prazo estipulado, o que apenas visitava torna-se guardião, passando para o que exerceu a guarda durante certo lapso temporal, o direito de visitas.

Desta forma, cada um dos pais, durante um período previamente estabelecido por eles, exerce de forma exclusiva a totalidade dos direitos-deveres que integram o poder parental.

3.4.10 Guarda compartilhada

A guarda jurídica compartilhada é aquela na qual ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela criança, sendo iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões importantes relativas aos filhos. E é neste contexto que os pais podem planejar a guarda material compartilhada, implicando em uma divisão de tempo flexível do filho com cada um dos pais.

O estudo da modalidade da guarda compartilhada, devido a sua complexidade e por ser objeto do presente trabalho, será melhor analisado no capítulo seguinte, juntamente com o paralelo a ser traçado com a modalidade de guarda alternada, também brevemente referida acima.

3.5 Elementos que influenciam na determinação da guarda

Devido à importância e às consequências que uma decisão sobre a guarda podem acarretar, é necessário que o juiz pondere e analise ao máximo as questões de fato e de direito a que tem acesso, considerando a relevância dos pareceres vindos de outros ramos de conhecimento, quais sejam, o parecer psicológico e o estudo social, geralmente presentes nas ações de guarda.

Além disso, há determinados elementos que devem ser considerados e avaliados pelo juiz, na tentativa de se chegar a uma decisão apropriada e nos limites da legalidade a respeito

da guarda e de garantir que a mesma atinja a sua função social. Passemos a discussão sobre os principais elementos a serem considerados na determinação da guarda.

3.5.1 O interesse do menor

A lei objetiva proteger interesses de forma geral e abstrata. Sendo assim, compete ao juiz, ao analisar cada caso concreto, trazer esta proteção de interesses genérica para a ótica do interesse do menor. E o melhor interesse do menor é aquele buscado em seu futuro, com a finalidade de protegê-lo e de torná-lo apto a um desenvolvimento e a uma formação equilibrada de sua personalidade, oriundos de certa estabilidade.

É certo que o caráter de sujeito de direito que tem o menor é o fundamento deste critério influenciador na determinação da guarda, já que o menor é uma pessoa que tem direito à proteção, assistência e educação e não apenas objeto de direito dos pais. E essa faculdade vem sendo repetidamente confirmada pela jurisprudência.⁴⁴

Nota-se que a noção de interesse do menor é vaga e imprecisa, como não poderia deixar de ser, já que este critério só adquire eficácia no exame prático do interesse em questão. No entanto, a jurisprudência já tem delineado alguns elementos que têm sido considerados pelos juízes na busca pelo interesse do menor, quais sejam, o desenvolvimento físico e moral da criança, a irmandade, o apego, a indiferença manifestada pela criança em relação a um dos pais, etc.

O importante, na realidade, é ponderar sempre o interesse do menor e não a proteção do pai e da mãe, pois o seu conteúdo é o bem estar material e emocional dos filhos, sobre os aspectos morais, espirituais, intelectuais e físicos, sem comprometer seu adequado desenvolvimento. O interesse do menor é, sem dúvida, o elemento que mais influencia na determinação da guarda pelos juízes (busca-se seguir o princípio da prevalência do interesse do menor).⁴⁵

3.5.2 Idade e sexo

⁴⁴ *Revista dos Tribunais*, v.498, p.106

⁴⁵ Neste sentido, é a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “Apelação cível. Modificação de cláusula. Manutenção da guarda com a genitora e alteração das regras sobre visitação, a fim de estreitar os encontros entre pai e filho. Aplicação do princípio da prevalência do interesse do menor. Direito Constitucional ao convívio com os pais. Inviabilidade da fixação de guarda compartilhada, ante a falta de harmonia entre o casal. Sentença que não merece reforma. Recurso improvido”. (Apelação Cível nº 2005.001.29240, 4ª Câmara Cível. Rel. Des. Luis Felipe Salomão. DJE. J.14/03/2006).

Os elementos idade e sexo foram retirados dos dispositivos legais referentes à determinação da guarda (já que a Lei do Divórcio revogou os artigos 325 e 328 do Código Civil de 1916), conforme mencionado na seção referente à evolução histórica pelo fato de que o bem-estar e o interesse do menor nem sempre está relacionado com a idade e o sexo deste.

No que diz respeito à idade, é inquestionável que nos primeiros anos de vida (ou na chamada primeira infância) o menor tem maiores vínculos com a mãe, devendo, em geral, ficar com a figura materna neste período, em virtude da necessidade permanente de uma especial sensibilidade, afeto e ternura. Neste sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Paraná: “A criança disputada pelos pais está com tenra idade e a sua mãe é a que tem melhores condições para dirigir-lhe a criação e a educação nesta fase”.⁴⁶

Quando o menor sai da primeira infância e inicia sua vida escolar, os critérios para a determinação da guarda tornam-se mais complexos, já que nesta etapa o juiz deve fazer um juízo de valor relativo aos pais. O juiz deve julgar as atitudes dos genitores, para saber da capacidade educativa dos pais, analisando amplamente todos os aspectos, como o ambiente em que vivem, dedicação aos filhos, tempo disponível, etc. desta forma a idade do menor tem incidência na medida em que esta faz variar suas necessidades.

No que compete ao sexo do menor, a legislação atual não considera este um fator determinador da guarda, já que o que interessa é o bem estar do menor independente do sexo. No entanto, ainda há muitos preconceitos decorrentes do sexo, como, por exemplo, a estranheza que se causa ao se ter notícia de que a guarda de uma filha foi atribuída ao pai, ainda que este seja de bons princípios e que a mãe não siga certas exigências éticas ou uma postura adequada nas relações sociais.

Há de se frisar o comentário de Eduardo de Oliveira Leite⁴⁷ a respeito do tema:

O perigo maior continua residindo nos preconceitos decorrentes do sexo, sempre negativos em relação ao homem, quando se trata de guarda. A referência ao papel tradicional da mãe ‘naturalmente’ boa, abnegada, apegada aos filhos, continua exercendo um poderoso fascínio sobre os magistrados, que não conseguem se desembaraçar de uma tradição, hoje, contestada a nível fático. Para a maioria dos magistrados, como afirmou Décoret, “as mulheres são mais mães do que os homens, pais”.

Pode-se concluir então que o que deve prevalecer, independente do sexo e da idade é a idoneidade dos pais para o exercício da guarda.

3.5.3 Manutenção dos irmãos juntos

⁴⁶ *Revista dos Tribunais*, v.580, p.254

⁴⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 200.

É conveniente que não se separe os irmãos, tendo em vista a solidariedade e o vínculo existente entre eles; a divisão dos irmãos entre os pais parece romper de vez a idéia de família e tende a abalá-los ainda mais. Caso seja impossível, no caso concreto, mantê-los unidos, deve haver um amplo e geral regime de visitas.

No entanto se há grande diferença de idade entre os irmãos, este critério perde sua razão, já que se presume que cada um realiza atividades diferentes, em locais e horários diversos, o que já diminuiria o vínculo e a união.

3.5.4 A opinião do menor

A legislação pátria na se manifestou a respeito da opinião do menor como critério determinador da guarda nos processos de separação e divórcio, tendo considerado sua relevância apenas nos casos da colocação do menor em família substituta (artigo 28, § 1º, 124, I e II, 168 e outros do ECA).

Por outro lado, não é porque a lei silenciou que se deve excluir sumariamente a opinião do menor, pois conforme Waldyr Grisard Filho a guarda é uma questão que ultrapassa os limites da lei. Alguns juizes de família já se utilizam da “ouvida do menor”, mas todos (magistrados, psicólogos, assistentes sociais, psiquiatras, entre outros) concordam que não se deve jamais exigir que os filhos escolham. Segundo ele seria extremamente doloroso e desnecessário.

Já se encontra orientação jurisprudencial, na Revista dos Tribunais, no sentido de considerar também a opinião do menor em algumas situações:

Uma vez que o menor tenha manifestado vontade no sentido de ver-se custodiado por sua genitora, sendo o alvitre da assistente social, que acompanhou o caso, precisamente em apoio a tal deliberação, é de se dar procedência a ação de alteração de guarda movida pela mãe cuja índole e temperamento a fazem mais ternamente ao infante.⁴⁸

3.5.5 Comportamento dos pais

A análise mais profunda do juiz, a fim de determinar a guarda, se dá sem dúvida, no campo das necessidades do menor. No entanto, não há como desvincular a necessidade de se avaliar a conduta dos pais antes da tomada de decisão. É necessário que o juiz avalie as condições morais (ambiente em que vivem, idoneidade, caráter) e as condições materiais (profissão, moradia, renda) dos pais.

⁴⁸ Revista dos Tribunais, v.611, p.98.

A conduta irregular, contrária à ordem e à moral familiar dos genitores, não tem como ser descartada, tendo grande relevância na determinação da guarda de filhos menores. Esta conduta tem sido objeto freqüente de análise pela jurisprudência, não havendo uma posição consolidada, sendo necessário sempre uma avaliação profunda de cada caso concreto, o que gera às vezes decisões únicas. Há um caso em que se negou a guarda a mãe acusada de homicídio contra o pai do menor e de ter conduta incompatível com a moral média da sociedade (ao se deixar fotografar em posições obscenas)⁴⁹e, por outro lado, não se negou visitas ao pai que está *sub judice*, sendo a vítima do homicídio a mãe do menor.⁵⁰

Por todo o analisado nesta seção dos critérios determinadores da guarda, pode-se concluir que a decisão judicial deve considerar pais e filhos em sua totalidade (necessidades, direitos e limitações), objetivando sempre a solução mais justa e que priorize o princípio básico informador à atribuição da guarda, que é o interesse do menor. É neste contexto que surge a guarda compartilhada, como um novo modelo de exercício da autoridade parental, que busca priorizar, sobretudo, o melhor interesse do menor.

4 GUARDA COMPARTILHADA

⁴⁹ Revista dos Tribunais, v.724, p. 414-417.

⁵⁰ Revista dos Tribunais, v.517, p.125.

4.1 Noções introdutórias

O estudo até agora realizado deu-se no sentido de analisar o relacionamento entre pais e filhos, oriundo do poder familiar, no transcorrer da história, seja durante o vínculo conjugal ou após sua ruptura. Salientou-se as mudanças sofridas pela entidade familiar em virtude das influências culturais e das novas realidades impostas pela globalização e pelo mundo contemporâneo, o que gerou uma superficialidade nas relações familiares. E isto desencadeou um maior número de rupturas conjugais.

Analizou-se também as conseqüências destes rompimentos nas relações familiares e na guarda, através do estudo deste instituto e de suas modalidades. Percebeu-se que, diante desta nova realidade, com o desmembramento dos casais, a tendência normal tem sido a outorga da guarda a apenas um dos genitores. A fixação da guarda exclusiva é um critério legal, doutrinário e jurisprudencial aceito sem contestações.

Entretanto, a opção por esse modelo usual tem ocasionado uma desunião cada vez maior da família e o afastamento dos menores do genitor que detém o direito de visitas. Sendo assim, este distanciamento familiar tem trazido inúmeros prejuízos aos filhos de casais desunidos.

Diante de tal situação, com o suporte doutrinário de outros ramos de conhecimento (como a psicologia e a sociologia) somado ao desejo de ambos os pais participarem da criação e educação de seus filhos, têm surgido outras modalidades de exercício de guarda, entre elas a guarda compartilhada ou conjunta. E esta representa o tema em análise deste capítulo, além de ser objeto central do presente trabalho.

4.2 Definição de guarda compartilhada

É certo que a guarda compartilhada surgiu da necessidade de se fazer com que os pais, mesmo após o rompimento da relação conjugal, mantivessem com os filhos os vínculos afetivos em sua integralidade. Para Caetano Lagrasta Neto⁵¹, a guarda conjunta é fruto de uma atribuição bilateral do poder parental, que se revela perfeitamente viável tanto na constância do casamento civil como também na separação ou no divórcio. O referido autor salienta ainda que sobre esta modalidade de guarda devem ser observados ainda aspectos de cunho mental, físico, econômico, cultural e sociológico.

⁵¹ NETO, Caetano Lagrasta. *Direito de família: a família brasileira no final do século XX*. São Paulo: Malheiros, 2000.p.93-94.

Esse novo modelo de guarda tem grande relevância, na medida em que valoriza o convívio do menor com seus pais, como afirma o professor Eduardo de Oliveira Leite⁵²: “Ela mantém, apesar da ruptura, o exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança”.

Neste sentido, a igualdade dos gêneros e a busca pela prevalência do interesse dos menores têm levado os tribunais a propor acordos de guarda compartilhada, na tentativa de garantir efetivamente a continuidade das relações dos filhos com os genitores, após o desmembramento do casal.

O desembargador Sérgio Gischkow Pereira⁵³ considera a guarda compartilhada como sendo uma situação na qual ficam como detentores da guarda jurídica sobre um menor pessoas que residem em lugares diferentes, ainda que a guarda física permaneça com apenas um dos genitores. Para ele, o caso mais comum é o relacionado a casais que, uma vez separados, ficariam ambos com a custódia dos filhos, ao invés do sistema consagrado em nosso ordenamento jurídico. Manifestou-se, desta forma, também o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁵⁴:

1)Direito de Família. Divórcio consensual. Acordo sobre a guarda de filhos, de forma compartilhada, rechaçada pelo Juízo a quo ao fundamento de que, se os menores residirão com a genitora, a guarda deverá ser expressamente atribuída à mesma.-2) A família vem sofrendo profundas mudanças em todo o mundo, deixando de ser um simples núcleo econômico e de reprodução para transformar-se num espaço de amor e companheirismo. No momento em que ocorre a separação do casal, desde que haja harmonia, a guarda compartilhada é uma opção madura para uma saudável convivência entre filhos e pais separados, já que não se refere apenas à tutela física ou custódia material, mas também a outros atributos da autoridade parental. 3) Em caso de separação ou divórcio consensual, deve ser observado o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos. Inteligência do art.1583, Cód. Civil. – 4) A intervenção estatal na questão só se justifica quando apurado que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos menores, o que não é o caso dos autos. – 5) O simples fato da fixação da residência dos menores com a mãe, por si só, não tem o condão de afastar a intenção dos agravantes de exercerem, conjuntamente, os poderes inerentes ao pátrio poder, de forma igualitária e com a mesma intensidade participando das grandes decisões relativas às crianças, consagrando o direito dos filhos de serem criados por seus dois pais. – 6) Provimento do agravo. Decisão unânime.

Por sua vez, Waldyr Grisard Filho assim se expressa a respeito do tema em tela:

A guarda compartilhada ou conjunta é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.⁵⁵

⁵² LEITE, Eduardo de Oliveira. Op.cit., p.261.

⁵³ PEREIRA, Sérgio Gischkow. A guarda conjunta de menores no direito brasileiro. *Ajuris*, v.36, p.53-64, mar.1986.

⁵⁴ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado. Agravo de Instrumento nº 2007.002.02406. 9ª Câm. Civ. Rel. Des. Paulo Maurício Pereira. DJE. J. 08/05/2007.

⁵⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. Op cit. p.126.

Na mesma linha de raciocínio, o psicanalista Sérgio Eduardo Nick formula a seguinte definição de guarda conjunta:

O termo guarda compartilhada ou guarda conjunta de menores ('joint custody', em inglês) refere-se à possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais. Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e freqüentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única ('sole custody', em inglês).⁵⁶

Frise-se também que a guarda conjunta engloba um universo de responsabilidades relacionadas aos filhos, visando sempre o melhor interesse da criança e não apenas a questão de localização espacial dos filhos. Neste sentido, aprofunda Silvana Maria Carbonera :

Seu conteúdo transcende a questão da localização espacial do filho pois onde ele irá ficar é somente um dos aspectos. A guarda compartilhada implica em outros igualmente relevantes. São os cuidados diretos com os filhos, acompanhamento escolar, a formação da personalidade, bem como a responsabilidade conjunta. Pai e mãe deverão existir como referenciais, embora morem em casas diferentes.⁵⁷

O que se deduz da análise desses conceitos é que o pressuposto maior da guarda compartilhada é a permanência dos laços afetivos que uniam filhos e genitores antes da ruptura do relacionamento conjugal. Este novo modelo de exercício de guarda preconiza ainda que o desentendimento existente entre os pais não pode atingir seus relacionamentos com os filhos, além de ser da essência do modelo que estes sejam educados por ambos os genitores e não por apenas um deles, como tem ocorrido em muitas relações familiares.

Em suma, a guarda compartilhada é um modelo que visa atenuar o impacto negativo que a ruptura conjugal gera no relacionamento entre os genitores e o filho, mantendo os pais envolvidos na sua criação e educação, exercendo o poder parental de forma permanente, ininterrupta e conjunta.

4.3 Vantagens e desvantagens do modelo

A guarda compartilhada diferencia-se dos demais sistemas (guarda única, guarda alternada, entre outros) por estabelecer uma relação continuada da criança com seus dois genitores após a separação ou o divórcio. Nela a responsabilidade nos cuidados cotidianos relativos à criação e à educação do menor, compete a ambos os pais.

⁵⁶ NICK, Sérgio Eduardo. Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In: BARRETO, Vicente (Coord.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p.135.

⁵⁷ CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Sergio Antônio Frabris, 2000, p.38.

Por esses motivos e conforme visto, muitos países têm adotado este modelo como princípio geral (excepcionalmente sendo aplicada a guarda única) objetivando reequilibrar as relações entre os filhos e os genitores, através de uma isonomia no exercício da parentalidade.

No entanto, é certo que a aplicação da guarda conjunta apresenta, assim como qualquer outro modelo, vantagens e desvantagens. Eis o que será analisado a seguir.

4.3.1 Vantagens da aplicação da guarda compartilhada

A guarda compartilhada atribui a ambos os pais o exercício igualitário e simultâneo de todos os direitos-deveres relativos aos filhos, reafirmando a igualdade parental desejada pela Constituição Federal de 1988. E isso se dá em busca do melhor interesse da criança, representando, sem dúvida, uma das mais expressivas vantagens desse novo modelo, conforme sugere Eduardo Oliveira Leite:

Talvez nem se trate de aprovar ou reprovar a guarda conjunta mas sim, de avaliar seus pontos favoráveis (ou vantagens) e aqueles que ainda exigem dos estudiosos a contribuição de seus estudos e experiência capazes de sugerir melhorias, ou mesmo alterações, nas práticas vigentes (...) Quanto às vantagens, tudo leva a crer que o interesse da criança seja o argumento fundamental invocado pelos adeptos da guarda conjunta. Argumento válido e defensável já que o interesse da criança é o critério determinante de atribuição da guarda.⁵⁸

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul manifestou-se favoravelmente a adoção da guarda compartilhada ao negar provimento ao recurso de apelação interposto pelo genitor (que visa obtenção da guarda exclusiva):

Apelação Cível. Guarda Compartilhada. Possibilidade de convívio do menor com ambos os genitores. Aproximação materna benéfica. Recuso Improvido. Em questão de guarda de menor, o que se deve levar em conta é o melhor para este. A guarda compartilhada proporciona à criança o convívio com ambos os genitores e, sendo recomendada pelo laudo psicossocial, deve ser concedida, ademais, o menor, embora se encontre plenamente assistido pelo pai, sempre teve contato com a mãe e a meia-irmã.⁵⁹

Sob esse aspecto (da busca do melhor interesse da criança) é que, muitas vezes, mesmo quando um dos genitores mostra-se interessado na obtenção da guarda exclusiva,

⁵⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op.cit, p.278.

⁵⁹ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Cível nº 2006/0155946-6. 2ª T. Civ. Relator: Des. Luiz Carlos Santini. Mato Grosso do Sul, DJE J. 03/09/2006. Vale dizer que o referido acórdão sofreu ainda Recurso Especial nº 869934, fundado na alínea “c” do permissivo constitucional, sob a alegação de que o STJ já havia se posicionado no REsp nº 27346/SP no sentido de que o “menor que sempre conviveu com o genitor e se encontra integrado ao convívio familiar e gozando de afeto, será prejudicado se tiver modificada a sua guarda”. No entanto, o STJ não conheceu do Recurso Especial alegando que não há similitude entre os casos confrontados face suas peculiaridades. O Relator foi o Ministro Sidnei Beneti e a decisão foi publicada no DJ em 02.06.2008, tendo transitada em 17/06/2008.

pode-se, ao avaliar cada caso concreto, optar pela guarda compartilhada. Eis o entendimento jurisprudencial:

Guarda compartilhada. Modificação de cláusula postulada pela genitora, pretendendo a guarda exclusiva do filho. Sentença de improcedência. 1- A definição da guarda não deve ter em conta a conveniência dos pais, mas o interesse da criança. 2- Realização de estudo psicológico que não recomenda a alteração da guarda compartilhada. Igualdade de condições entre os pais. 3- Ao inverso, há contra-indicação a qualquer alteração do meio familiar em que inserida a criança, por encontrar-se bem cuidada e plenamente adaptada. 4 - No que se refere à guarda compartilhada, há de prevalecer o interesse e o bem estar do menor, razão pela qual deve ser mantida a que foi fixada, uma vez que o compartilhamento, no caso, traz benefícios ao filho do casal. 5- Tal acomodação fática, já que não tem o caráter de definitividade, pode, a qualquer momento, ser alterada, no interesse exclusivo do filho comum, e não por exclusiva vontade dos pais. Desprovemento do recurso. ⁶⁰

O próprio contexto da guarda compartilhada, regido pela continuidade das relações entre pais e filhos (através de arranjos de co-educação e criação), possibilita uma redução dos sentimentos de perda, de rejeição dos filhos, após o divórcio dos pais, pois o acesso a seus dois genitores permanece amplo e irrestrito.

Além disso, a guarda conjunta não exige dos filhos a árdua tarefa de escolher um de seus dois pais como guardião, o que geralmente é causa de muito desgaste emocional em razão do medo de se magoar o genitor preterido. Em outros modelos de guarda, os filhos costumam repetir o discurso do pai quando na companhia deste e o da mãe, quando na companhia desta, o que intensifica o conflito. Já a guarda compartilhada eleva os padrões éticos dos pais, pois faz com que estes reconheçam que o ex-cônjuge tem para os filhos a mesma importância que eles, evitando desta forma que o menor tenha que decidir com qual dos genitores gostaria de ficar. Para Françoise Dolto, a criança sempre deve ser ouvida, o que de forma alguma implica que, depois disso, se deva fazer o que ela pediu.⁶¹

Conforme salientado (no capítulo anterior sobre a opinião do menor), no Brasil, ouvir diretamente a criança é uma exceção. O Tribunal de Justiça do Paraná julgando Agravo de Instrumento em Ação de Modificação de Guarda proposta por mãe não guardiã, a fim de regularizar a guarda de fato de um dos três filhos sob a guarda paterna, na qual obteve liminar anotou:

Por isso, seria recomendável que o douto Juízo singular, antes mesmo de, liminarmente, acolher o pedido da Agravada, ouvisse as outras duas filhas do casal – que convivem com o irmão e podem aquilatar os benefícios (ou restrições, quem sabe) da permanência com a genitora - e, depois, auscultasse o próprio F. [o menor de 7 anos, sob a guarda de fato da mãe e a ela entregue espontaneamente pelo pai], sobre preferir a companhia da mãe à do pai – com o aconselhamento da equipe interprofissional da Vara de Família. ⁶²

⁶⁰ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Cível nº 2008.001.00452. 5ª Câmara. Relator: Des. Antônio Saldanha Palheiro. Rio de Janeiro, J.01/04/2008.

⁶¹ DOLTO, Françoise. *Quando os pais se separam*. Rio de Janeiro: Zahar, 1996, p.134.

Entretanto, o que os juízes costumam fazer, com a ajuda de psicólogos e assistentes sociais, é sentir a opinião do menor, sem exigir que este faça uma escolha.

Sendo assim, os filhos de pais divorciados com a guarda compartilhada continuam convivendo igualmente com cada um dos pais, não havendo os pais periféricos. A guarda conjunta permite também maior comunicação entre os pais e filhos, incluindo-os no novo grupo familiar de cada um de seus pais. Além de trazer aos filhos menos problemas de lealdade e, conseqüentemente, menos problemas psicológicos no futuro.

O sistema da guarda compartilhada ao envolver de forma igualitária ambos os pais nas funções formativa e educativa dos filhos, facilita a solução de muitos problemas decorrentes da responsabilidade civil por danos causados pelos filhos menores. Isso porque estabelecido o exercício compartilhado da guarda, os genitores serão solidariamente responsáveis pela reparação dos prejuízos causados por seus filhos menores. A adoção desse modelo evita o conflito que poderia se estabelecer quando da aplicação da guarda alternada uma vez que nesta o responsável seria o genitor que exercia a guarda no momento da infração.

Afinal, ao compartilharem a guarda, infere-se que ambos são responsáveis pela formação diária dos filhos e pela tomada de decisões relativas a educação deste e, portanto, havendo um dano, a presunção de erro ou falha na educação recairá sobre ambos, ainda que a guarda material (ou física) permaneça apenas com um dos genitores.⁶²

Outra vantagem desse novo modelo de exercício da guarda é a expressiva diminuição de sentimento de culpa e frustração dos genitores (geralmente de um deles no modelo de guarda exclusiva, que seria o não guardião) pela ausência de cuidado em relação aos filhos.

Além disso, a guarda compartilhada exige o estabelecimento de um respeito mútuo entre os pais após o divórcio, a fim de que possam desempenhar bem o poder familiar e continuar a exercer em conjunto o poder familiar. Este ambiente de cooperação e harmonia evita que a criança funcione como uma moeda de troca usada pelos pais para obter vantagem em decisão sobre pensão alimentícia ou outras questões patrimoniais ou mesmo em um processo de guarda.

Frise-se ainda que na guarda compartilhada ambos os pais se mantêm guardadores, o que modifica geralmente a posição do genitor perante os filhos, deixando de ser um mero visitante e, em geral, prestador de alimentos para voltar a ser efetivamente um dos pais. Isto

⁶² PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado. Modificação de guarda proposta por mãe não guardiã. Agravo de Instrumento nº 00775006-3. 5ª Câ. Civ. Rel. Des. Ruy Fernando de Oliveira. *DJE*, p.15, 02/02/1999.

⁶³ AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda compartilhada: um avanço para a família*. São Paulo: Atlas, 2008, p.108.

contribui para o saudável desenvolvimento dos filhos e dos vínculos afetivos na relação paterno-filial.

Há de se considerar também que ao se conceder aos pais o cuidado compartilhado dos filhos confere-se a eles, por consequência, mais espaço para suas outras atividades, permitindo aos ex-cônjuges a possibilidade de reconstrução de suas vidas pessoal, profissional e psicológicas.

Apesar das inúmeras vantagens da guarda compartilhada, há de se analisar também os comentários contrários ao modelo, a seguir mencionados. Afinal, não há como qualquer modelo de cuidado parental deixar de apresentar problemas sensíveis ou desfavores.

4.3.2 Desvantagens do modelo de guarda compartilhada

A guarda conjunta é uma abordagem nova e benéfica que somente se realiza, conforme já salientado, quando os pais são cooperativos e vivem em harmonia, mesmo após o desmembramento do vínculo conjugal. Este modelo pode funcionar bem, até mesmo quando o diálogo entre os pais não é bom, desde que eles sejam capazes de isolar os filhos do conflito. No entanto, conforme afirma Edward Teyber⁶⁴: “Este sistema tem sido frequentemente adotado, de forma equivocada, por casais amargos e em conflito, e nessas condições ele fracassa redondamente”.

Pais que não cooperam para o cuidado dos filhos e que estabelecem disputas constantes, que sabotam um ao outro (muitas vezes usando o próprio menor) contaminam a educação dos filhos, tornando qualquer tipo de diálogo impossível. Nestes casos, os arranjos de guarda conjunta podem ser muito lesivos aos filhos, conforme ressalta a jurisprudência:

Guarda conjunta. Só é recomendada a adoção da guarda conjunta quando os pais convivem em perfeita harmonia e livre é a movimentação do filho entre as duas residências. O estado de beligerância entre os genitores não permite a imposição judicial de que seja adotada a guarda compartilhada. Apelo do autor improvido e acolhido o recurso da ré.⁶⁵

Desta forma, nas famílias em que qualquer forma de convivência entre os genitores é inviável deve-se optar pelo modelo tradicional, pela guarda única. E esta deve ser deferida ao genitor que melhor tem condições de guardar os filhos menores, isto é, àquele que estiver disposto a dar ao outro um direito amplo de visitas, ao genitor menos contestador.

⁶⁴ TEYBER, Edward. *Ajudando as crianças a conviver com o divórcio*. São Paulo: Nobel, 1995.

⁶⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Cível nº 70001021534, 7º Câ. Civ. Rel. Des. Maria Berenice Dias, J. 21-06-2000.

Seguindo uma linha de oposição à guarda compartilhada entre as crianças menores, a psicóloga Eliana Riberto Nazareth⁶⁶ afirma que a faixa etária da prole é também um fator determinante para o estabelecimento da guarda:

Quando as crianças são muito pequenas...Até os quatro, cinco anos de idade, a criança necessita de um contexto o mais estável possível para delineamento satisfatório de sua personalidade. Conviver ora com a mãe ora com o pai em ambientes físicos diferentes requer uma capacidade de adaptação e de codificação-decodificação da realidade só possível em crianças mais velhas.

No entanto, ao contrário dessa preocupação da autora, a guarda compartilhada carrega o necessário pressuposto de uma residência fixa (única e não alternada), isto é, o menor reside em um lar determinado, que gera para ele uma estabilidade (desejada tanto pelo direito quanto pela psicologia). A autora parece ter confundido o modelo de guarda compartilhada com a alternada. A indiscriminação entre estes dois modelos tem levado a críticas e relutâncias na aplicação da guarda compartilhada e, por isso, a distinção entre eles será objeto de um estudo a parte.

Interessante frisar que, para haver um efetivo exercício da autoridade parental através da opção pelo modelo da guarda compartilhada, é necessário que os genitores, além de se respeitarem reciprocamente, residam próximos a seus filhos. Afinal, se a distância for grande não será possível a efetiva convivência, conforme orientação jurisprudencial:

Civil. Direito de Família. Guarda Compartilhada. Genitor residente em outro país. Interesses do menor. 1. Inviabilizada a guarda compartilhada na hipótese de o genitor residir em outro país, eis que não ocorreria efetiva e contínua participação de ambos os pais no integral acompanhamento do filho. 2. Encontrando-se o menor perfeitamente ajustado em seu modo de vida, mantendo bom relacionamento com a genitora e recebendo educação adequada, incabível a transferência da guarda para outro genitor. (Apelação Cível nº 20000110948395APC, TJDF, 1ª T.Civ.Rel. Des. Valter Xavier; DJU 13-11-2002, p.98).

Em resumo, pode-se considerar entre as dificuldades da aplicação da guarda conjunta a necessidade de constante adaptação, problemas práticos ou logísticos que podem surgir e a permanência no mesmo lugar ou cidade, onde vive o grupo familiar.

4.4 Paralelo entre guarda alternada e compartilhada

⁶⁶ NAZARETH, Eliana Ribeiro. Com quem fico, com papai ou com mamãe? Considerações sobre a guarda compartilhada. Contribuições da psicanálise ao direito de família. *Direito de Família e Ciências Humanas*. Coords. Eliana Riberti Nazareth e Maria Antonieta Pisano Motta, São Paulo, Jurídica Brasileira, Caderno de Estudos, n.1, 1997, p.83.

No capítulo anterior, na parte referente às modalidades de guarda, foram evidenciadas algumas características das várias formas de exercício da guarda. Entretanto, há que se distinguir, de forma fundamental e substancial, o exercício alternado do exercício compartilhado da guarda, pelas razões a seguir expostas.

O advogado militante em direito de família Segismundo Gontijo manifestou-se da seguinte forma acerca do tema em tela:

Prejudicial para os filhos é a guarda compartilhada entre os pais separados. Esta resulta em verdadeiras tragédias, [...]em que foi praticada aquela heresia que transforma filhos em iô-iôs, ora com a mãe apenas durante uma semana, ora com o pai noutra; ou, com aquela alguns dias da semana e com este nos demais. Em todos os processos ressaltam os graves prejuízos dos menores, perdendo o referencial de lar, sua perplexidade no conflito das orientações diferenciadas no meio materno e no paterno, a desorganização de sua vida escolar por falta de sistematização do acompanhamento dos trabalhos e do desenvolvimento pedagógico, etc. [...] Num dos casos, litigou-se por mais de um ano sobre qual escola para o filho: se aquela onde a mãe o matriculou perto da sua casa ou a escolhida pelo pai, próxima da dele! Noutro, o Desembargador Bady Cury decidiu: “não é preciso ser psicólogo ou psicanalista para concluir que acordo envolvendo a guarda compartilhada dos filhos não foi feliz, pois eles ficaram confusos diante da duplicidade de autoridade a que estão submetidos quase que diariamente, o que não é recomendável”⁶⁷

O pensamento acima descrito revela um evidente erro de percepção do autor, que critica a guarda compartilhada, mas utiliza fundamentos, mostra aspectos e definições referentes ao modelo de guarda alternada. Lapsos como este têm sido cometidos com frequência pelos aplicadores do direito, que vêem os modelos como sinônimos, o que descaracteriza a essência da guarda compartilhada. Decorre daí a importância de se pontuar as características desses modelos.

O exercício alternado da guarda revela possibilidade de cada um dos genitores exercer a guarda do filho conforme um ritmo pré-estabelecido de tempo (dias, semana, mês, semestre, ano). Ao final deste período, independentemente de manifestação da justiça, as funções se invertem: o guardião passa a visitador e vice-versa. Neste sentido, a melhor definição é de Jorge Augusto Pais de Amaral:

A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolar, em mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder paternal. No termo do período os papéis invertem-se.⁶⁸

Ressalte-se que, na forma alternada de guarda, os filhos não possuem uma residência fixa, habitual, permanecendo ora com a mãe, ora com o pai, o que desencadeia uma inevitável

⁶⁷ GONTIJO, Segismundo. Guarda de filho. COAD-ADV, Informativo Semanal, Rio de Janeiro, n.44, p.563-564, 1997.

⁶⁸ AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Do casamento ao divórcio*. Lisboa: Cosmos, 1997, p. 168.

instabilidade emocional no menor. Segundo Ana Carolina Silveira Akel⁶⁹, a alternância entre as residências paterna e materna pode ser uma condição que desestabilize a prole, por levar à perda da habitualidade, continuidade e rotina de seus vínculos e afazeres cotidianos.

Vale dizer que há autores que comentam algumas vantagens do instituto. Entretanto, é inegável que as desvantagens superam de forma acentuada as possíveis vantagens a serem mencionadas. Waldyr Grisard Filho⁷⁰, mesmo considerando o modelo inadequado, ressalta que ele permite que os filhos mantenham relações estreitas com os dois pais e evita que se preocupem com a dissolução da relação com o genitor que não tem a guarda, já que ambos a tem. Já o psicólogo Evandro Luiz Silva⁷¹ mostra-se radicalmente a favor o modelo afirmando ser imprescindível que a criança, filha de pais separados, se adapte com o fato de ter duas casas, afinal seus pais têm cada um a sua casa e continuam sendo seus pais. Para este, o referencial a não ser perdido é com relação aos pais e não com relação ao lar, como erroneamente defendem os modelos de guarda única e compartilhada.

Em resumo, na guarda alternada, conforme salientado, cada um dos pais exerce durante um período determinado de tempo, de forma exclusiva a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder parental, situação que se inverte ao término do período. Isto nos leva a considerar que a guarda alternada, apesar de descontínua (ora com o pai, ora com a mãe), não deixa de ser única.

Já no exercício da guarda compartilhada, o menor convive de forma constante com ambos os genitores, sem que isso ocasione uma ruptura na sua habitualidade da seguinte forma: um dos pais permanece com a prole e ao outro é conferida total flexibilidade para participar de sua vida.

É certo que para possibilitar o exercício conjunto da guarda é fundamental que exista entre os genitores razoabilidade, equilíbrio, diálogo, respeito mútuo e cooperação, a fim de que ambos permaneçam inseridos na vida dos filhos, incentivando as atividades de lazer, acordando sobre a escolha dos médicos e de escolas, observando as amizades, etc.

Frise-se a explicação de Karen Ribeiro Pacheco Nioac Salles a respeito da guarda conjunta:

A guarda conjunta é a forma mais factível de atenuar o pós-relacionamento dos pais, uma vez que com essa modalidade de guarda é mantida, apesar da ruptura do casal, o exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança.⁷²

⁶⁹ AKEL, Ana Carolina Silveira. Op.cit. p.112.

⁷⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. Op.cit. p.121.

⁷¹ SILVA, Evandro Luiz. *A separação do casal e as conseqüências dos tipos de guarda*. Disponível em: <<http://www.sp.apase.org.br/20005-aseparacao.htm>>. Acesso em: 27 fev. 2008.

⁷² SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac. *Guarda compartilhada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.97.

Nota-se, desta forma, que o emprego da guarda compartilhada, diferenciando-se do modelo alternado, demonstra maior benefício não só à prole (que não sofre tanto com o distanciamento que a ruptura da relação entre os genitores pode gerar), como também aos pais, já que os incentiva a participar de forma igualitária da convivência, da educação e da responsabilidade dos filhos.

Desta forma, pode-se estabelecer que enquanto o exercício alternado da guarda se contrapõe à continuidade do lar através da alternância da guarda (o que é inconveniente à consolidação de hábitos, valores, formação da personalidade, etc.), na guarda compartilhada um dos pais detém a guarda física dos filhos, apesar de se manterem os direitos e deveres oriundos do poder parental em relação a ambos. Sendo assim, no modelo compartilhado de guarda o genitor que não detém a guarda física não se restringe a supervisionar a educação dos filhos, mas sim a uma participação efetiva nela, com “poder” para decidir diretamente e conjuntamente com o outro na sua formação, lazer, religião, isto é, na vida cotidiana do filho menor. A guarda compartilhada afasta do genitor não detentor da guarda física a figura de pai ou mãe “periférico”, de simples provedor financeiro ou de mero coadjuvante.

Assim, deve-se atentar para o fato de que a indiscriminação entre os modelos de guarda compartilhada e alternada tem levado a críticas e relutâncias na aplicação daquela, que, na realidade, não tem como pressuposto o compartilhamento da educação dos filhos em lares separados e sim a permanência do menor com um dos pais.

Evidenciadas as diferenças mais profundas entre esses dois modelos de exercício da guarda, cumpre-nos traçar o desenvolvimento e a situação da guarda compartilhada em diversos países, a fim de que posteriormente, possa-se analisar sua situação no direito pátrio.

4.5 A evolução histórica do instituto através do direito comparado

Conforme o disposto nas seções anteriores, o modelo de exercício compartilhado da guarda surgiu da necessidade de ambos os pais permanecerem efetivamente no exercício da autoridade parental, compartilhando a criação e a educação dos filhos, mesmo após a ruptura do vínculo conjugal.

É certo que muitos países têm empregado a guarda conjunta. Alguns deles como modelo preferencial. Sabe-se também que as relações familiares são distintas, variando até em um mesmo país, devido às peculiaridades de cada família. Desta forma, as diferenças se acentuam quando se compara um Estado com outro, tendo em vista a diversidade das práticas

e dos costumes entre os países. Ainda assim, o direito comparado é sempre de grande utilidade, na medida em que se apresenta como fonte de inovações e de soluções possíveis.

Faz-se necessário inicialmente a análise do instituto no direito português, pois, apesar deste não trazer grandes inovações jurídicas sobre o assunto, merece ser lembrado. Segundo Jorge Augusto Pais de Amaral⁷³, adotava-se, em Portugal, preferencialmente o regime da guarda única, conforme o artigo 1907, 2. A guarda conjunta, mesmo sem previsão legal, passou a ser admitida pelos tribunais, em algumas circunstâncias, visando o interesse do menor, tendo em vista que com o decorrer do tempo houve uma banalização do divórcio e sua conseqüente transformação em um acontecimento menos conflituoso em uma considerável parte dos casos. Com o advento da lei de nº84 de 1995, houve alteração de parte do Código Civil, que passou a estabelecer que os pais podem acordar sobre o exercício em comum do poder parental, decidindo as questões relativas à prole em condições idênticas às que vigoravam na constância do matrimônio.

Insta frisar que o exercício conjunto do poder parental submetido, porém, a acordo dos pais continua a ser legalmente admitido pela lei nº 59 de 1999, que também aboliu o princípio da preferência pelo exercício exclusivo. Desta forma, o juiz deve tentar obter o acordo dos pais para o exercício compartilhado do poder parental e, caso isso não seja possível, o juiz decreta a guarda exclusiva, se existirem razões especiais que levem a isso, a pedido de um ou de ambos os pais e em decisão fundamentada.

A origem da guarda compartilhada deu-se há cerca de 30 anos na Inglaterra. A partir daí, desenvolveu-se, primeiramente, na França e em um segundo momento passou para o Canadá e para os Estados Unidos da América. Atualmente tem sido aplicada também na Argentina e no Uruguai sem maiores inovações.

Há alguns sistemas que merecem ser estudados em separado, em razão da grande contribuição histórica e jurídica que forneceram ao instituto em tela e das influências que trazem para a aplicação do modelo no Brasil.

4.5.1 No direito inglês

Em um primeiro momento e contrariamente ao direito europeu, predominava no sistema da *common law* o princípio de que o pai era proprietário de seus filhos. Portanto, em caso de conflito, a guarda (*custody*) lhe era necessariamente concedida.

⁷³ AMARAL, Jorge Augusto Pais de. Op. cit., p. 169.

Apenas no século XIX, com a Revolução Industrial (que retirou os homens do campo e os levou para as fábricas, ocasionando uma mudança no âmbito familiar), o parlamento inglês modificou o sistema e passou a atribuir a guarda à mãe. Essa referência legal permaneceu até que na década de 60 do século XX, os Tribunais entenderam que se antes era uma injustiça à mãe a guarda exclusiva, agora o injustiçado era o pai.

E com o objetivo de atenuar os efeitos da perda do direito da guarda exclusiva, os Tribunais começaram a decidir pelo fracionamento *split order*⁷⁴ do exercício desse direito entre ambos os genitores. Isto porque se convenceram de que, desta forma, o interesse maior da criança estaria plenamente garantido, além de que a participação comum dos genitores tende tanto a diminuir as eventuais dúvidas e hostilidades que, quase sempre, acompanham a ruptura como a favorecer a criança, que continua a ter ambos os pais envolvidos em seu destino.

O fracionamento ocorria da seguinte forma: a mãe ficaria encarregada dos cuidados diários dos filhos (*care and control*) e o pai recuperou o poder de dirigir a vida do menor (*custody*) em igualdade com a genitora, permitindo o exercício comum e cooperativo da autoridade parental, pela nítida distinção do *care and control* da *custody*, conforme menciona Eduardo de Oliveira Leite.⁷⁵

O novo modelo logo recebeu amparo da literatura jurídica e de outros ramos da ciência, fazendo com que os Tribunais passassem a analisar a nova proposta com ainda mais frequência, conforme notícia o referido autor:

A manifestação inequívoca dessa possibilidade por um Tribunal inglês só ocorreu em 1964, no caso *Clissold*, que demarca o início de uma tendência que fará escola na jurisprudência inglesa. Em 1972, a *Court d'Appel* da Inglaterra, na decisão *Jussa x Jussa*, reconheceu o valor da guarda, quando os pais estão dispostos a cooperar e, em 1980, a *Court d'Appel* da Inglaterra denunciou, rigorosamente, a teoria da concentração da autoridade parental nas mãos de um só guardião da criança. No célebre caso *Dipper x Dipper*, o juiz *Ormrod*, daquela Corte, promulgou uma sentença que, praticamente, encerrou a atribuição da guarda isolada na história jurídica inglesa.⁷⁶

É inegável que as decisões inglesas sempre buscaram privilegiar os interesses do menor, atribuindo, por fim, aos pais, de forma igualitária, a autoridade parental, rompendo com o modelo clássico de tradição secular no mundo, o que lhe confere grande valor histórico e jurídico. E isto foi repercutindo na França, nas províncias canadenses, também adeptas do sistema da *commom law* e, dali, alcançando os Estados Unidos, que atualmente aplica a guarda compartilhada na maioria de seus estados.

⁷⁴ Termo em inglês que significa dividir, romper, repartir, separar.

⁷⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op.cit., p.266.

⁷⁶ Loc. Cit.

4.5.2 No direito francês

A noção de guarda compartilhada no direito francês iniciou-se a partir de 1976, com objetivo de diminuir as injustiças que a guarda exclusiva provoca, sob a influência do que estava ocorrendo na Inglaterra.

A jurisprudência favorável a guarda compartilhada começou tímida e aos poucos foi se tornando abundante até que resultou na lei 87570 de 1987 (a denominada lei Malhuret) que modificou os textos do Código Civil francês acerca do exercício da autoridade parental. Assim, o artigo 371-2 do referido Código afirma que o pátrio poder pertence a ambos os pais e a eles corresponde o direito e o dever de guarda de seus filhos, cuidado e educação. Afinal, são direitos que subsistem após o divórcio, regulados pelo artigo 372 e seguintes.

Há de se destacar como exemplo o artigo 373-2 que, alterado pela lei Malhuret, passou a ter a seguinte redação: “Se o pai e mãe são divorciados ou separados de corpo, a autoridade parental é exercida quer *em comum* pelos dois genitores, quer por *aquele dentre eles* a quem o tribunal confiou a criança, salvo, neste último caso, o direito de visita e do controle do outro.”

Pela análise do artigo acima mencionado e também do artigo 287, conclui-se que a lei francesa confirmou a jurisprudência fazendo da guarda conjunta um princípio, já que em ambos os textos dos referidos artigos verifica-se que o exercício comum precede o exercício isolado.

A lei Malhuret, portanto, permitiu aos genitores que organizem sua comunidade de criação e educação dos filhos para além do divórcio, ou, conforme as palavras do juiz Tourigny:

A guarda conjunta é, finalmente, a aplicação prática do princípio do exercício conjunto da autoridade parental no caso de fragmentação de família. se se pretende que os dois genitores conservem a autoridade parental e participem igualmente nas grandes decisões relativas à criança, esta á, certamente, a solução a privilegiar.⁷⁷

4.5.3 No direito canadense

A regra no direito canadense ainda é a atribuição da guarda exclusiva a um dos pais (*sole custody*), sendo concedida ao outro genitor o direito de visitas. A guarda compartilhada só tem sido aplicada quando os pais se manifestarem neste sentido, por meio de acordo, a fim de melhor atender seus interesses e o de seus filhos.

⁷⁷ Caso Droit de la famille-361 (1987) apud LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. Cit., p. 268.

Havendo desacordo, o Tribunal decide por eles. Atualmente, os Tribunais têm decidido que, nos casos de pais separados, é aplicável o direito de guarda através do instituto da guarda compartilhada, já que esta trás benefícios psicológicos para todos os envolvidos, uma vez que nenhum dos pais deve sentir que perdeu a criança e em muitos casos o relacionamento entre os pais e entre pais e filhos tornam-se melhores.⁷⁸

4.5.4 No direito americano

A guarda compartilhada é um dos tipos de guarda que mais cresce nos Estados Unidos⁷⁹: o direito americano não só tem adotado o novo modelo, como o tem desenvolvido largamente. Como neste país cada estado dita sua própria legislação civil, há sérias dificuldades de aplicação uniforme do instituto. A fim de evitar os conflitos de competência entre os Tribunais estaduais, tem se buscado uma uniformização da legislação acerca do instituto, o que resultou na *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*⁸⁰, que tem sido adotado por um crescente número de estados.

O jurista americano Dr. Henry S. Gornbein distingue a “joint legal custody”, expressão que se refere a tomada de decisões em conjunto pelos pais, da “joint physical custody”, que seria um arranjo para que ambos os genitores possam estar o maior tempo possível com seus filhos. A primeira diz respeito à guarda jurídica compartilhada, em que pai e mãe compartilham direitos e responsabilidades, especialmente no relativo aos cuidados médicos, de religião, de educação. Já a segunda, refere-se à guarda física compartilhada e implica o compartilhamento de responsabilidade e da tomada de decisões diárias.⁸¹

Sendo assim, percebe-se que nos Estados Unidos não há uma regra para definir qual o modelo de guarda deve ser adotado. No entanto, a guarda compartilhada tem aparecido com força, pois neste país há um movimento crescente para tornar a guarda compartilhada uma política comum em toda a nação. Esta política pública nos estados visa assegurar ao menor um contato freqüente e continuado com ambos os pais depois que estes se separam ou se divorciam. Além disso, há de se frisar que atualmente é nos Estados Unidos que se concentram a maioria e os mais completos debates e estudos sobre o assunto.

⁷⁸ AKEL, Ana Carolina Silveira. Op. Cit., p. 118.

⁷⁹ Informa Waldyr Grisard Filho que as estatísticas demonstram, para citar apenas dois Estados, que: no Colorado, a guarda compartilhada é conferida de 90% a 95% dos casos e na Califórnia esse número é de 80%. Op. cit., p. 139.

⁸⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. Op.cit. p.137.

⁸¹ LEITE. Eduardo de Oliveira. Op.cit. p.270.

Em suma, a tendência mundial é o reconhecimento da guarda compartilhada como uma das formas mais adequadas e benéficas nas relações entre pais e filhos, já que tem alcançado seu propósito de tentar minorar os efeitos desastrosos da maioria das separações.

Resta agora a análise sobre a situação deste novo modelo de exercício da guarda no ordenamento jurídico brasileiro, que certamente sofreu influências dos precedentes internacionais acima mencionados.

4.6 Guarda compartilhada no direito brasileiro

As sucessivas alterações na realidade social têm feito com que os operadores do direito busquem, soluções inovadoras e ainda não cogitadas pelo legislador. Inicialmente, acreditava-se que finda a relação conjugal o filho só poderia dispor de um guardião. Ambos os pais permaneciam, obviamente, com o poder familiar, mas geralmente a mãe ficava com a guarda e ao pai caberia uma participação reduzida às funções de visitante e provedor de alimento.

No entanto, este grau de supremacia do poder matriarcal foi sendo, aos poucos, ultrapassado, tendo sido extinto diante da preocupação fundamental, na atualidade, que é a prevalência dos interesses da prole menor em qualquer situação e relação.

A jurisprudência brasileira, no que tange à aplicação da guarda compartilhada tem se adequado, ainda que timidamente, às transformações sociais, até porque inexistia qualquer forma impeditiva que se refira à utilização desse novo modelo de responsabilidade parental.

E foi nessa perspectiva que surgiram novos modelos de exercício de guarda. Afinal, apesar da guarda compartilhada (ainda) não se encontrar tipificada em nosso ordenamento jurídico positivo, sua utilização se mostra lícita e perfeitamente aplicável em diversas situações, como único meio de assegurar uma igualdade entre os genitores, mesmo após a ruptura do vínculo conjugal. Isto porque esse modelo privilegia o convívio do menor com ambos os pais, mantendo o exercício comum da autoridade parental.

Há nas leis vigentes vários dispositivos que apontam para a possibilidade de aplicação da guarda compartilhada no nosso direito. A Constituição Federal de 1988 ao preconizar em seu artigo 5º, inciso I, a igualdade entre homens e mulheres e em seu artigo 226, § 5º, a igualdade de direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal a serem exercidos pelo homem e pela mulher, atentam para uma paternidade responsável e planejamento familiar, conforme dispõe seu artigo 226, § 7º.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também ressaltou a importância da convivência do menor com seus pais para o seu integral desenvolvimento: garantiu em seu artigo 16, inciso V, o direito de participar da vida familiar; em seu artigo 19, assegurou a convivência familiar e o direito de ser criado e educado no seio de sua família; no artigo 21 advertiu que o menor deve se submeter ao poder familiar dos pais, exercido em igualdade de condições e seu artigo 22 estabelece que compete aos pais, conjuntamente, o dever de sustento, guarda e educação.

Pode-se perceber pelos dispositivos legais mencionados que nosso direito, antes de impedir, favorece a tese da modalidade de guarda compartilhada. E este também parece ser o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que editou, através do ministro Ruy Rosado de Aguiar, os enunciados 101 e 102 referentes aos artigos 1583 e 1584 do Código Civil vigente, durante a Jornada de Direito Civil em setembro de 2002.

Ao analisar os referidos artigos, o Tribunal Superior manifestou-se no sentido de que a expressão *guarda de filhos*, na hipótese do artigo 1583 do Código Civil, pode compreender tanto a guarda uniparental como a compartilhada e ainda que a expressão *melhores condições*, na hipótese do artigo 1584 do referido Código, significa um melhor interesse do menor, isto é, busca-se sempre a supremacia da prevalência desse interesse.

Vale mencionar que esses enunciados ainda serão remetidos a uma Comissão, a fim de estabelecer uma redação final, mas é certo que apresenta um primeiro passo para a consolidação da guarda compartilhada na nova legislação civil.⁸²

Antes de avançar para outra análise, vale frisar a opinião, exposta na referida Jornada, do Ministro da referida Corte, Ruy Rosado de Aguiar, a respeito do tema:

O Novo Código Civil perdeu a oportunidade de atualizar-se na questão relativa à guarda de filhos nas hipóteses de dissolução da sociedade conjugal. Não obstante tenha avançado quando retirou do texto a idéia de culpa, presente no art.10 da Lei nº6515 de 1977 (Lei do Divórcio), que regulava a matéria, ainda nos deixou sem resposta a respeito da controvérsia sobre a possibilidade de aplicação da guarda compartilhada.[...] Pela sistemática do Novo Código Civil, seguindo o estabelecido na legislação anterior, ao guardião é deferido o poder familiar em toda a sua extensão, cabendo ao outro genitor somente o direito de visita e o de fiscalização da criação do filho, sem qualquer poder decisório (disciplina o art.1589). O guardião decide sobre a educação, formação moral e religiosa, lazer etc. Em caso de discordância em relação a algo que julgue prejudicial ao filho, o titular do direito de visita poderá recorrer ao juiz para a solução do problema educacional. [...] o texto codificado deve adequar-se ao texto constitucional. De fato, a própria Constituição admite ampla conformação legislativa da guarda conjunta, especialmente quando estabelece que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores...”

⁸² Enunciados 101 e 102 do STJ: “101 – art. 1583: sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão *guarda de filhos*, à luz do art. 1583, pode corresponder tanto à guarda unilateral quanto a guarda compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança.

102 – art.1584: a expressão *melhores condições* no exercício da guarda, na hipótese do art.1584, significa atender ao melhor interesse da criança.”.

(art.229) e que é “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (art.227 da CF)”.

As palavras do Ministro apenas corroboram o mencionado no decorrer do presente trabalho, isto é, que a guarda compartilhada é um modelo de exercício da autoridade parental que apresenta muitas vantagens, tendo em vista que visa a prevalência do interesse do menor.

Seguindo trajetória evolutiva (e não cronológica) para o reconhecimento legal desta modalidade de guarda, vale destacar que surgiram propostas de projetos de lei defendendo o instituto. O objetivo principal deles é a alteração dos artigos 1583 e seguintes do Código Civil. Eis a análise dos projetos.

O projeto de lei de nº 6960 de 2002, elaborado pelo Deputado Ricardo Fiúza, visa inserir a guarda compartilhada nas hipóteses de separação e divórcio consensuais. Apesar dos méritos a que o projeto faz jus, permanece uma lacuna no que se refere às hipóteses de fixação da guarda compartilhada em casos de separação litigiosa. O que é perfeitamente possível, já que muitas vezes a separação torna-se litigiosa por problemas relativos a partilhas de bens, a questões de (in)fidelidade do casal, dentre outros, que não dizem respeito diretamente à própria prole.

O referido deputado apresentou ainda um outro projeto de lei de nº 7312 de 2002, cujo objetivo é alterar o artigo 1584 do Código Civil, ficando a nova redação da seguinte forma:

Art. 1584. Declarada a separação judicial ou divórcio, ou ocorrendo a separação de fato, sem que haja entre as partes acordo quanto a guarda dos filhos, o juiz estabelecerá o sistema de guarda compartilhada, sempre que possível, ou, nos casos em que não haja essa possibilidade, será a guarda atribuída a quem revelar melhores condições de exercê-la.

Com esta alteração o deputado insere o modelo compartilhado de guarda nos casos em que não há acordo quanto à guarda dos filhos, mas o faz também em relação à guarda uniparental, como se não houvesse outra forma de exercício de guarda.

Há também o projeto de lei do Deputado Feu Rosa, sob o nº 6315 de 2002, que pretendeu acrescentar o parágrafo único ao artigo 1583 do Código Civil, com a seguinte redação: “Art. 1583. Parágrafo único. Nesses casos poderá ser homologada a guarda compartilhada dos filhos menores nos termos do acordo celebrado pelos pais”.

Ressalte-se que o termo *poderá* transmite a idéia de uma certa liberalidade na homologação por parte do julgador, situação que pode gerar conflitos.

Na realidade, o primeiro projeto de alteração foi o elaborado pelo Deputado Federal Tilden Santiago (nº 6350 de 2002, que será analisado a seguir), que foi protocolado ao

presidente da comissão representativa do congresso nacional (Senador Ramez Tebet) e, posteriormente, veiculado pelos meios de comunicação. Segue-se a este o projeto elaborado pelo deputado Feu Rosa e, finalmente, as propostas do deputado Ricardo Fiúza, sendo todos do ano de 2002.

Percebe-se através da leitura dos projetos acima mencionados, que o mais completo, mas ainda não ideal, é o de nº 6350 de 2002. Para uma análise aprofundada faz-se necessário transcrever alguns trechos da fundamentação de sua exposição de motivos:

O novo Código Civil Brasileiro [...] deixou de contemplar o sistema de guarda compartilhada, que ora propomos, que já vem há tempos sendo apontado como a melhor solução prática em prol das crianças e adolescentes, quando do divórcio ou separação dos pais. [...] A guarda compartilhada ou conjunta é um dos meios de exercício da autoridade parental, para os pais que desejam continuar a relação entre pais e filhos, quando fragmentada a família. É um chamamento aos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente esta responsabilidade. [...] A continuidade do convívio da criança com ambos os pais é indispensável para o desenvolvimento emocional da criança de forma saudável. [...] Guarda compartilhada ou conjunta refere-se a um tipo de guarda onde os pais e mães dividem a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo e compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas à criança. É um conceito que deveria ser a regra de todas as guardas, respeitando-se evidentemente os casos especiais. [...] O pai ou mãe que não tem a guarda física não se limita a supervisionar a educação dos filhos, mas sim participará efetivamente dela como detentor de poder e autoridade para decidir diretamente na educação, religião, cuidados com a saúde, lazer, estudos, enfim, na vida do filho. [...] A guarda compartilhada busca reorganizar as relações entre pais e filhos no interior da família desunida, diminuído os traumas do distanciamento de um dos pais. [...] O equilíbrio dos papéis, valorizando a paternidade e a maternidade, traz um desenvolvimento físico e mental mais adequado para os casos de fragmentação da família. [...] A tendência mundial é o reconhecimento da guarda compartilhada como a forma mais adequada e benéfica nas relações entre pais e filhos, servindo como tentativa para minorar os efeitos desastrosos da maioria das separações.

O Projeto de lei mencionado visa alterar os artigos 1583 e 1584 do Código Civil. Em seu texto original, o referido projeto buscou conceituar o instituto da guarda compartilhada e também inserir novas regras. Para isso, sugeriu o acréscimo dos §1º e §2º no art. 1583. No primeiro parágrafo inseriu a necessidade de o juiz, antes de homologar a conciliação, explicar aos pais as vantagens da guarda compartilhada e no § 2º definiu o instituto. O projeto original sugeria ainda que no art.1584, nas hipóteses em que não há acordo entre as partes sobre a guarda dos filhos, o juiz deve estabelecer a guarda compartilhada, sempre que possível ou quando não for possível, atribuir a guarda objetivando o melhor interesse do menor. Propôs ainda a inclusão do § 2º, art.1584 dispondo que a guarda poderia ser modificada a qualquer momento atendendo sempre o melhor interesse da criança.⁸³

⁸³ A redação original do Projeto de Lei nº 6350 de 2002 está disposta no Anexo A.

No entanto, o referido projeto sofreu alterações ao passar pela Câmara dos Deputados e pelo Senado. O Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº 58 de 2006 (que é o projeto de lei de nº 6350 de 2002 na Casa de origem, qual seja a Câmara dos Deputados) foi aprovado no Senado em 23 de outubro de 2007 e encaminhado à Câmara dos Deputados, nesta data. E, finalmente, em 20 de maio de 2008 a Câmara de Deputados aprovou o Substitutivo do Senado, restando apenas a sanção do Presidente da República para a regulamentação da guarda compartilhada.

De acordo com a redação original do projeto, esse novo modelo de exercício de guarda passaria a ser o modelo normal de guarda, sendo a sua adoção estimulada pelo juiz, com o intuito de torná-la freqüentemente possível de aplicabilidade. Já na redação final ficou estabelecido no caput do artigo 1583 que “a guarda será unilateral ou compartilhada”. A ordem dos parágrafos do artigo 1583 foi invertida, já que no modelo original o § 2º conceituava e introduzia a terminologia, enquanto que o § 1º previa a aplicação do instituto.

O § 2º do art. 1583, antes das alterações, fez referência à *guarda material, educacional, social* e de *bem-estar* dos filhos, sob prisma compartimentado, sem atentar para a reunião determinada no Estatuto da Criança e do Adolescente, que concentra, na guarda, o dever de assistência material, moral e educacional, à criança e ao adolescente. De fato, ao detentor da guarda compete exercer um conjunto de direitos e deveres que visem a realização dos fatores de interesse dos filhos, de modo que o instituto da guarda se revela um todo, não cabendo subdividi-la em *guarda educacional* ou *guarda de bem-estar*, que poria sob risco, no compartilhamento, o direcionamento de parcelas das funções atinentes à posse e à responsabilidade exercidas sobre eles. Este foi o parecer do Senador Demóstenes Torres ao propor a alteração final deste parágrafo na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado.

A redação final conta ainda com o § 3º (que confere ao genitor não detentor da guarda o dever de supervisionar os interesses dos filhos) e o § 4º (que dispõe que tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada podem ser fixadas, por consenso ou por determinação judicial, para prevalecer por determinado período, tendo em vista as alterações na faixa etária e outras condições de seu interesse) para o artigo 1583.

A proposta endereçada ao inciso II do art. 1.584 do Código Civil revela a hipótese de mera discricionariedade pelo juiz, repetindo exatamente os moldes atuais, a não ser pelo rótulo novo de *guarda compartilhada*.

O artigo 1584 em seu § 1º dispõe que o juiz, na audiência de conciliação, informará aos pais o “significado, a importância e a similitude de direitos e deveres, bem como as

sanções pelo descumprimento das cláusulas” da guarda compartilhada e não “colocará em evidência as vantagens” do instituto, conforme sugeria o projeto inicial em seu artigo 1583, § 1º. O § 2º estabelece que quando não houver acordo entre os pais quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. Já o § 3º preconiza, que o juiz poderá se basear em orientação técnico-profissional ou de equipe multidisciplinar para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o que está em consonância com o exposto ao longo do presente trabalho. O § 4º dispõe que uma alteração não autorizada pode implicar a redução das prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho. Por fim, a redação final do projeto de lei estabelece em seu artigo 5º que se o juiz perceber que o filho não deve permanecer sob a guarda dos pais, deferirá a guarda a terceiro compatível, considerados de preferência o parentesco e as relações afetivas.

Por fim, vale frisar que em 13 de junho de 2008, o Presidente da República sancionou a Lei nº 11.698, que altera os arts. 1583 e 1584 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para instituir e disciplinar a guarda compartilhada no Brasil. A referida lei manteve a redação final aprovada pelo Congresso Nacional, exceto pelo veto do § 4º do art. 1583, que se deu pela imprecisão técnica do trecho “a guarda poderá ser fixada por consenso”, já que apesar da possibilidade de os termos da guarda serem formulados em acordo pelas partes, somente o juiz pode fixá-los, após a oitiva do Ministério Público e visando o melhor interesse do menor.⁸⁴

É certo que a mencionada lei não atende por completo aos anseios da doutrina e jurisprudência favoráveis ao instituto. Entretanto, deu-se o primeiro passo e a guarda compartilhada, agora com sua recente tipificação, tende a ser cada vez mais discutida e, conseqüentemente, aceita, já que privilegia o melhor interesse do menor.

Na realidade, o poder familiar sempre será exercido igualmente pelos genitores (salvo nas hipóteses de perda, extinção ou suspensão, já mencionadas no presente estudo). A guarda compartilhada visa possibilitar que este exercício seja realmente efetivo, mesmo após a fragmentação da relação entre os pais, o que tende a ser benéfico para todos.

⁸⁴ A Lei 11.698 de 2008 que institui e disciplina a guarda compartilhada no Brasil encontra-se disposta no Anexo B. Cumpre assinalar que esta lei manteve a redação final do Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº 58, de 2006 (nº 6.350, de 2002, na Casa de origem), exceto pelo veto do § 4, art.1583, que também se encontra no Anexo B. Frise-se ainda que a referida lei foi publicada no Diário Oficial da União em 16 de junho de 2008 e que somente entrará em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação.

5 CONCLUSÃO

Sabe-se que a criança desde a tenra idade, mesmo que inconscientemente, reconhece os laços afetivos existentes entre ela e cada um dos pais. A ruptura do vínculo conjugal ameaça essa unicidade, prejudicando a parte mais frágil dessa estrutura, qual seja, os filhos.

Num primeiro momento, para um melhor entendimento das relações familiares, foram apresentadas através de uma análise histórica, as relações entre pais e filhos desde os primórdios até a atualidade. Com isso, verificou-se, de início, uma relação patriarcal, marcado

por um imperativo de poder de pais onipotentes, para posteriormente contemplar um abrandamento na relação paterno-filial que, tornando-se equiparada proporciona uma geração de indivíduos ligados por um compromisso mútuo.

Percebemos também que a evolução da família colocou homens e mulheres na mesma categoria de direitos e deveres em relação à autoridade parental, confirmada pela Constituição Federal de 1988. Esta situação é perfeita quando a família está física e afetivamente unida, afinal nesta hipótese não há o que se questionar sobre o exercício da autoridade parental, que é comum. A posição passa a ser de difícil resolução quando ocorre a ruptura do casal conjugal, pois as funções parentais e as decisões relativas aos filhos passam a ser tomadas por apenas um dos pais. Restando, então, ao direito buscar uma solução para tal questão.

Na atualidade, o sistema usualmente contemplado é o da guarda única, atribuída exclusivamente a um dos genitores, concedendo ao outro o direito de visitas, fiscalização e de prover os alimentos. No decorrer dos anos, pode-se perceber que este modelo já não mais atendia aos interesses do menor, que, conforme salientado, é o critério fundamental a ser considerado na resolução de quaisquer questões relativas à guarda. Passou-se então a se considerar outros modelos de exercício de guarda. Analisamos, entre outras, a guarda alternada e verificamos que este modelo é inconveniente a consolidação de hábitos e não está em harmonia com o mencionado interesse do menor. É nesse contexto que foi apresentada a guarda compartilhada, como novo modelo de exercício da autoridade parental.

Ao longo do presente trabalho foram elencadas diversas definições acerca da guarda compartilhada. Sob o ponto de vista jurídico, constatou-se que ela define os dois genitores como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões importantes relativas à vida dos filhos, enquanto dividem as responsabilidades. Sob o aspecto social, este modelo de exercício de guarda privilegia a continuidade do vínculo. É, portanto, um modelo que proclama a igualdade dos genitores em face da formação da prole e impõe aos pais obrigações comuns em relação à educação, desenvolvimento e sustento da criança, possibilitando aos filhos que sejam criados por ambos os pais.

Foram ressaltadas também as inúmeras vantagens que a guarda compartilhada apresenta, sobretudo quando comparada aos demais modelos de exercício de guarda, bem como as desvantagens do instituto, sendo que estas consistiam, em sua maioria, nas hipóteses em que o instituto não deve ser aplicado.

Sem dúvida, pode-se perceber que a essência do modelo em tela é a harmonia, a cooperação e que a sua aplicabilidade demonstra que o término da relação conjugal não

precisa vir acompanhado de frustração, discórdia e de incompatibilidade, já que favorece a continuidade da relação paterno-filial.

Ao fazer uma análise do plano internacional através do direito comparado, percebe-se que tem prevalecido o modelo de exercício compartilhado como princípio geral, reconhecendo-se não só o interesse do menor como fundamental para o pleno desenvolvimento da sua personalidade, como também lhe assegurando o direito de manter regularmente relações pessoais e o contato efetivo com ambos os genitores.

No que tange ao sistema legislativo pátrio, percebemos que o modelo conjunto da guarda mostra-se lícito e perfeitamente consoante com o direito pátrio, já encontrando respaldo jurídico na Constituição Federal, bem como no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Isto, muitas vezes, ainda não ocorre de forma expressa, mas através da idéia de prevalência do melhor interesse do menor e da igualdade dos direitos e deveres conjugais postulados em dispositivos.

Discutiu-se também a respeito dos projetos de lei que visavam a inserção da guarda compartilhada no ordenamento jurídico pátrio, sobretudo acerca do projeto de lei nº 6350 de 2002, que foi recentemente aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente da República, tornando-se a lei nº 11.698 de 2008. É certo que o projeto sofreu diversas alterações que modificaram a proposta inicial, mas há que se comemorar a recente tipificação do novo modelo em nosso ordenamento jurídico. Cabe agora aos operadores do direito, à doutrina, à jurisprudência e à própria sociedade, na medida em que tomam conhecimento de sua eficácia, promoverem reflexões e aprimorarem as soluções.

Sendo assim, nota-se que a guarda compartilhada consolida as garantias constitucionais de igualdade parental, de convivência familiar no dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos, tendo como base o princípio do melhor interesse da criança, critério fundamental na atribuição da guarda de filhos.

Por tudo o que foi aludido, pode-se concluir que o objetivo do presente trabalho foi plenamente alcançado. Restou evidenciada a possibilidade da aplicação do instituto, que foi ainda contemplado, no decorrer deste estudo, com a aprovação pelo Congresso Nacional de um projeto de lei que visava a sua regulamentação e a sanção pelo Presidente da República da lei que instituiu e disciplinou a guarda compartilhada no Brasil.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda compartilhada: um avanço para a família*. São Paulo: Atlas, 2008.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Do casamento ao divórcio*. Lisboa: Cosmos, 1997.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1956.

BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil*. 9. ed. ampl. e atual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. t. II: Família.

CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Sergio Antônio Frabris, 2000.

COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *O direito de família no projeto de Código Civil*. 1998. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998.

DE CICCIO, Cláudio. *Direito: tradição e modernidade*. 2. ed. São Paulo: Icone, 1993.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. 1-2.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

DOLTO, Françoise. *Quando os pais se separam*. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.

GIORDANI, Mário Curtis. *Código Civil à luz do direito romano: direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GONTIJO, Segismundo. Guarda de filho. *COAD-ADV*, Informativo Semanal, Rio de Janeiro, n.44, p. 563-564, 1997.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LAGRASTA NETO, Caetano. *Direito de família: a família brasileira no final do século XX*. São Paulo: Malheiros, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado: direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 5.

_____. *Famílias monoparentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil: direito de família e das sucessões*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 5.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords). *Direito de família e o novo Código Civil*, 3. ed. rev. amp. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.153-154.

MARCHESA, Ana Maria Moreira. Colocação em família substituta: aspectos controvertidos. *Revista dos tribunais*, São Paulo, a.82, n. 689, p. 297-300, mar.1993.

MOURA, Mário Aguiar. Guarda de filho menor. *Ajuris*, Porto Alegre, n.19, p.15, jul.1980.

NAZARETH, Eliana Ribeiro. Com quem fico, com papai ou com mamãe? Considerações sobre a guarda compartilhada. Contribuições da psicanálise ao direito de família. *Direito de*

Família e Ciências Humanas. Coords. Eliana Riberti Nazareth e Maria Antonieta Pisano Motta, São Paulo, Jurídica Brasileira, Caderno de Estudos, n.1, 1997.

NICK, Sérgio Eduardo. Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In: BARRETO, Vicente (Coord.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Guarda, tutela e adoção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 5.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Rio de Janeiro: Fonseca Filho, 1910.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. A guarda conjunta de menores no direito brasileiro. *Ajuris*, v.36, p.53-64, mar.1986.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*, 28. ed. rev. atual. São Paulo, Saraiva, 2004. v. 6.

SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac. *Guarda compartilhada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula. *Do pátrio poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SCHWERTNER, Vera Maria. *Guarda compartilhada*. Disponível em: <<http://www.rj.apase.org.br/14007-guardacomp.htm>>. Acesso em: 29 fev. 2008.

SILVA, Evandro Luiz. *A separação do casal e as consequências dos tipos de guarda*. Disponível em: <<http://www.sp.apase.org.br/20005-aseparacao.htm>>. Acesso em: 27 fev. 2008

SILVA, José Luiz Mônaco da. *A família substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 1995.

TEYBER, Edward. *Ajudando as crianças a conviver com o divórcio*. São Paulo: Nobel, 1995.

TURCATO, Ana Beatriz Alvarez. *Guarda de filhos*. 2003. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 6.

VIANA, Marco Aurélio S. *Direito de família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

Periódicos

REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo, a. 66, v. 498, p. 106, abr. 1977.

_____. São Paulo, a. 67, v. 517, p. 125, nov. 1978.

_____. São Paulo, a. 73, v. 580, p. 254, fev. 1984.

_____. São Paulo, a. 75, v. 611, p. 98, set. 1986.

_____. São Paulo, a. 85, v. 724, p. 414-417, fev. 1996.

ANEXO A – Projeto de lei nº 6350/2002

PROJETO DE LEI Nº6350/2002

Define a guarda compartilhada.

O Congresso Nacional decreta:

1)- Esta Lei define a guarda compartilhada, estabelecendo os casos em que será possível.

2)- Acrescentem-se ao Art. 1583 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, os seguintes parágrafos:

"Art. 1583".

.....
§ 1º O juiz, antes de homologar a conciliação, sempre colocará em evidência para as partes as vantagens da guarda compartilhada.

§ 2º Guarda compartilhada é o sistema de co-responsabilização do dever familiar entre os pais, em caso de ruptura conjugal ou da convivência, em que os pais participam igualmente da guarda material dos filhos, bem como os direitos e deveres emergentes do poder familiar.

3)- O Art. 1584 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 1584 Declarada a separação judicial, ou o divórcio, ou separação de fato, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, o juiz estabelecerá o sistema da guarda compartilhada, sempre que possível, ou, nos casos em que não haja possibilidade, atribuirá a guarda tendo em vista o melhor interesse da criança”.

§ 1º: A guarda poderá ser modificada a qualquer momento atendendo sempre o melhor interesse da criança.

Art. 4º Esta lei entra em vigor no dia 10 de janeiro de 2003.

* Protocolada em 24/01/2002 pelo Dep. Tilden Santiago, por iniciativa das Associações Brasileiras.

ANEXO B – Lei 11698/2008 e mensagem de veto do §4º art. 1583

LEI Nº 11.698, DE 13 JUNHO DE 2008.

Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II - saúde e segurança;

III - educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

§ 4º (VETADO)." (NR)

"Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I - requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II - decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade." (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação.

Brasília, 13 de junho de 2008; 187º da Independência e 120º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto

José Antonio Dias Toffoli

Publicado no DOU de 16.06.2008.

Mensagem de veto:

MENSAGEM Nº 368, DE 13 DE JUNHO DE 2008

Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei nº 6.350, de 2002 (nº 58/06 no Senado Federal), que “Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada”.

Ouvido, o Ministério da Justiça manifestou-se pelo veto ao seguinte dispositivo:

§ 4º do art. 1.583 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, alterado pelo art. 1º do Projeto de Lei:

“Art.

1.583.
.....

§ 4º A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser fixada, por consenso ou por determinação judicial, para prevalecer por determinado período, considerada a faixa etária do filho e outras condições de seu interesse.” (NR)

Razão do veto

“O dispositivo encontra-se maculado por uma imprecisão técnica, já que atesta que a guarda poderá ser fixada por consenso, o que é incompatível com a sistemática processual vigente. Os termos da guarda poderão ser formulados em comum acordo pelas partes, entretanto quem irá fixá-los, após a oitiva do Ministério Público, será o juiz, o qual deverá sempre guiar-se pelo Princípio do Melhor Interesse da Criança.”

Essa, Senhor Presidente, a razão que me levou a vetar o dispositivo acima mencionado do projeto em causa, a qual ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

Publicado no DOU de 16.06.2008

